Wahlschuld und facultas alternativa

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der
Universität Breslau vorgelegt
von

WALTER BLÜMICH
Referendar.

Breslau 1912
Druck: Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H.
Tauentzienstraße Nr. 49.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

A. Einleitung. Seite

Geschichtliche Entwicklung der facultas alternativa 9

B. I. Hauptteil.

Begriff und Wesen der facultas alternativa und der Wahlschuld 15
I. Begriff, Wesen und Zweck 15
1. der facultas alternativa 15
a) des Schuldners 15
b) des Gläubigers 21
2. der Wahlschuld 26
II. Veränderung des Rechtsverhältnisses durch Ausübung der facultas alternativa, bzw. des Wahlrechts 33
1. Form und Wirkung der Ausübung 33
a) bei der facultas alternativa 33
α) des Schuldners 33
β) des Gläubigers 35
b) bei der Wahlschuld 41
2. Einflüsse auf die Ausübung der facultas alternativa, bzw. des Wahlrechts 48
a) Irrtum 48
b) Verzug 54
III. Veränderung des Rechtsverhältnisses durch Unmöglichkeit 65
1. Ursprüngliche Unmöglichkeit 65
2. Nachträgliche Unmöglichkeit 68
a) infolge eines von keiner Partei zu vertretenden Umstandes 68
b) infolge Verschuldens des Schuldners 71
c) infolge Verschuldens des Gläubigers 74

II. Hauptteil.

Gesetzliche Fälle der facultas alternativa 77
1. innerhalb des BGB 77
2. ausserhalb des BGB. in anderen Reichsgesetzen . . 102

C. Schluss.

Alternative Befugnisse 106

Literatur-Verzeichnis.

Arndt: Lehrbuch der Pandecten. 13. Aufl. München 1886.

Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Berlin 1878.

Bruck, Eberhard: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. Breslau 1904.

Chamitzer: Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach deutschem bürgerl. Recht. Leipzig 1902.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 2. Aufl. Bd. I. Jena 1899.

Crome: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Freiburg 1900/02.

Dernburg: Pandecten. 7. Aufl. 1902/03.

Dernburg: Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Aufl. 1906.

Eccius: in Gruchots Beiträgen zum bürgerl. Recht. Bd. 42. S. 204.

„ in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 885—887 und Bd. 47. S. 152.

Eck-Leonhardt: Vorträge über das Recht des BGB. 3 Bde. Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 9. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. 3. Aufl. Marburg 1908.

Engelmann: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. 1909.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 7. Aufl. 1906.

Fitting: Die Natur der Correalobligation. Erlangen 1859.

Gareis: Handelsgesetzbuch. Handausgabe. München. 4. Aufl. 1909.

Gernsheim: Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht. 1906.

Girard: Geschichte und System des röm. Rechts, in der Übersetzung von Mayr. Berlin 1908.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichlichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach BGB. Jena 1900.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903.

Leonhard, Franz: Die Wahl bei der Wahlschuld in Jherings Jahrbüchern. Bd. 41. Jena 1900.

Litten: Die Wahlschuld im deutschen bürgerl. Recht. Berlin 1903. Vgl. unter Siber.

Litthauer-Mosse: Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin 1911.
Marcus: Die Wahlschuld. Dissert. Breslau 1899.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. III. Die Lehre von der mora. S. 262 ff. Leipzig 1876.
Müller: Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners. Dissert. Rostock 1902.
Oertmann: Commentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin. 2. Aufl. 1908.
Parisius-Krüger: Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 1910.
Pescatore: Die sog. alternative Obligation. Marburg 1880. Elwert. Insbes. S. 264 ff.
Pescatore: Die Wahlschuldverhältnisse 1905. München.
Planck: Commentar zum BGB. 3. Aufl.
Regelsberger: Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 16. S. 160 ff.
Riess: Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners. Gruchots Beiträge. Bd. 48. S 489 ff.
Savigny: Obligationsrecht I. Berlin 1851.
Schollmeyer: Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse. I. Teil. 1900.
Schultzenstein: Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 23. S. 268.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Siber: In der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 46. S. 526 ff. (Kritik zu Littens Wahlschuld.)
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Staudinger: Commentar zum BGB. 3. und 4. Aufl. 1907/09.
Strohal: Erbrecht. 3. Aufl. Bd. I. 1903.
Staub: Commentar zum HGB. 8. Aufl. 1906/7.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach BGB. Leipzig 1900.
Vangerow: Lehrbuch der Pandecten. Bd III. 7. Aufl. Marburg 1869.
Wächter: Württembergisches Privatrecht. Bd. II. Stuttgart 1842.
Wagner: Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners. Dissert. Greifswald 1903.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandectenrechts. Leipzig. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
Zitelmann: Internationales Privatrecht I. 1897.

Geschichtliche Entwickelung der facultas alternativa.

Die facultas alternativa stammt aus dem römischen Recht. Eine allgemeine, gesetzliche Regelung hat dieses Rechtsinstitut zwar nicht gefunden, aber es sind in den Quellen einzelne Fälle desselben erwähnt. Auf Grund dieser vorhandenen Quellenstellen haben die Glossatoren den Begriff dahin formuliert: Una res in obligatione, duae in solutione, d. h. der Schuldner ist nur zu einer Leistung verpflichtet, kann diese aber tilgen durch Bewirkung einer andern, nicht geschuldeten Leistung. Einer dieser facultas alternativa analoges Recht des Gläubigers, an Stelle eines bestehenden Anspruchs einen anderen zu setzen, scheint den Römern unbekannt gewesen zu sein[1]).

Das älteste Beispiel einer facultas alternativa, das aber sehr umstritten ist, ist gegeben in den Noxalklagen. Dies sind die Klagen, mit denen man vom

[1]) Neuerdings ist allerdings von Regelsberger a. a. O. S. 166 Anm. 1, auch von F. Leonhard a. a. O. S. 12 behauptet worden, in D 45, 1 l. 112 pr. sei ein Fall von facultas alternativa des Gläubigers enthalten. Pomponius sagt dort, nach Ausübung des Wahlrechts bei einer Alternativobligation durch den Gläubiger sei nur ein Gegenstand in obligatione (quem elegerit, petet et is eritsolus in obligatione). Bei der Fassung quem volam könne der Gläubiger auf den andern Gegenstand zurückgreifen; daraus folge aber nicht, dass durch die getroffene Wahl keine Änderung eingetreten sei, denn der Schuldner wisse jetzt sofort, was er zu leisten habe. Infolgedessen habe sich die Alternativobligation durch die Wahl in eine facultas alternativa des Gläubigers verwandelt.

Gewalthaber des Urhebers einer unerlaubten Handlung Leistung des Schadenersatzes, das ist Geldersatz begehrte. Der Urheber des Delikts kann sowohl ein Sklave als ein Tier sein. Das Verlangen des Ersatzes seitens des Verletzten konnte der Herr des Delinquenten aber befriedigen durch litis aestimatio (Geldersatz) oder durch noxae deditio (Hingabe des Tieres bzw. des schuldigen Sklaven). Geschuldet wird aber immer nur die litis aestimatio. Diese ist allein in obligatione, die noxae deditio ist nur in solutione. (D 42, 1 l. 6 § 1.) Trifft diese Annahme für das römische Recht zu, dann wäre eine facultas alternativa des Schuldners gegeben. (D 42, 1 l. 6 § 1: facultatem enine noxae dedendae ex lege accipit, ferner D 5, 3, l. 20 § 5: habet noxae dedendae facultatem[1]). (So: Windscheidt II § 255 A. 5a. Regelsberger S. 163ff. Vangerow III § 689. Pescatore 1905 S. 265.) Während die herrschende Meinung des gemeinen Rechts bei den Noxalklagen eine facultas alternativa annahm, ist diese von Neueren bestritten worden. So nimmt Lenel (Lenel: Edictum perpetuum S. 155) an, daß Klage wie Urteil alternativ ging auf die litis aestimatiso und noxae deditio. Girard (Girard-Mayr a. a. O. S. 740) behauptet demgegenüber: Drei Zeitpunkte seien zu unterscheiden: Bis zur litis contestatio ist der Haftende nur zur noxae detitio verpflichtet, hat aber die Möglichkeit, sich durch Leistung der Buße zu befreien. Nach der Litiskontestation haftet er nach den Grundsätzen der Wahlschuld, nach dem Urteil hat seine Schuld bloß noch die Buße zum Gegenstande, aber er behält die Möglichkeit, sich

---

[1]) Auf Grund dieser Stellen hat die Wissenschaft die Befugnis des Schuldners, seine Verbindlichkeit durch Hingabe einer andern nicht geschuldeten Leistung zu tilgen, als faculta alternativa bezeichnet. Andere Bezeichnungen hierfür sind: Ersetzungsbefugnis, alternative Ermächtigung, Abfindungs-, Substitutionsbefugnis.

durch Auslieferung des Schuldigen zu befreien, die erst erlischt, da man die actio iudicati gegen ihn anstellt.

Für die hier vertretene Ansicht sprechen außer den genannten Stellen ferner D. J. 4, 9 pr.: quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem. D 9, 4 l. 1: quarum (noxalium) actionum vis et potestas est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis evitare litis aestimationem. Dazu kommt ferner, daß es sich bei den Noxalklagen um einen nicht gegen den Delinquenten, sondern gegen dessen dominus als „den natürlichen Schutzherrn und Vertreter" gerichteten Schadenersatzanspruch handelte, und ein solcher ging im römischen Recht regelmäßig auf Geldersatz; sodaß also nur die litis aestimatio die geschuldete Leistung gewesen sein dürfte.

Ein anderer Fall der facultas alternativa ist die im Falle der sog. laesio enormis dem Käufer eingeräumte Befugnis, durch Nachzahlung bis zum vollen Werte der verkauften Waren die Verpflichtung zur Herausgabe derselben abzuwenden. Durch eine Bestimmung der Kaiser Diocletian und Maximian konnte nämlich der Verkäufer, der für seine Ware weniger als die Hälfte des Wertes erhalten hatte, den Kauf rückgängig machen und die Sache zurückverlangen (C. 4, 44, 1, 2). Der Verkäufer hat nur das Recht, Rückgabe des Gegenstandes, nicht aber Nachzahlung zu fordern[1]).

Daß die schuldnerische Verpflichtung nicht immer eine obligatorische war, sondern auch eine dingliche Haftung sein konnte, beweist der Fall in D 20, 6, l. 12 § 1, wo sich der mit der actio hypothecaria belangte Besitzer einer Sache von seiner Pflicht zur Herausgabe derselben an den Pfandgläubiger durch

---

[1]) Savigny, Oblig.-R. I S. 396, hielt diese Befugnis irrtümlicherweise für eine Wahlschuld. Wie oben Pescatore: Alternative Oblig. S. 265. A. 3. Windscheid-Kipp § 396 A. 3a. Vangerow § 611 A. 4.

Begleichung der Pfandschuld befreien kann. (Ebenso Pescatore: Alternative Obligation S. 265, Anm. 3.)

Ferner gehört hierher der Fall der solutionis causa adiectio, durch die dem Schuldner kraft Parteivereinbarung das Recht eingeräumt ist, statt an den Gläubiger zu leisten, die Leistung an einen Dritten zu bewirken und so seine Schuld zu tilgen. Die Verschiedenheit der geschuldeten Leistung und der Befreiungsleistung ist hier begründet durch die Verschiedenheit der Modalität, wenn auch der Gegenstand derselbe bleibt. Die Leistung an den Gläubiger und die an den solutionis causa adiectus sind aber doch zwei ganz verschiedene Handlungen, die auch die beiden Leistungen als verschiedene charakterisieren[1]).

Ein weiterer Fall einer facultas alternativa war im gemeinen Recht folgender: Wurde bei einer Alternativobligation mit Schuldnerwahlrecht die eine Leistung kasuell unmöglich, so konzentrierte sich die Obligation auf die noch mögliche; der Schuldner hatte aber die Befugnis, sich durch Zahlung des Wertes der unmöglich gewordenen zu befreien. (D 46, 3, l. 95 § 1, D. de legatis I, 1 l. 47 § 3)[2]).

Die Folgen, die man aus dem Begriff der facultas alternativa gezogen hat im römischen und gemeinen Recht, sind in der Hauptsache folgende:

Wird die geschuldete Leistung durch Zufall unmöglich, dann wird der Schuldner frei, auch wenn die Ersatzleistung noch möglich bleibt (vgl. Pescatore: Altern. Oblig. S. 263).

---

[1]) Wie oben Ryck, Schuldverh. S. 256. Pescatore S. 267 Anm. 7, dagegen bezeichnet sie als eine der facultas alternativa nahe verwandte Erscheinung. A. M. Gernsheim.

[2]) Ebenso Dernburg II S. 81; Vangerow III § 569 S. 21. Neuerdings ist die Möglichkeit der oblatio aestimationis lebhaft bestritten worden, insbesondere von Pescatore: Alternative Obligation. Gegen ihn wieder Windscheid § 255 Anm. 13.

Der Verzug des Schuldners berührt die facultas alternativa nicht. Die Quellenstellen, die den Verlust derselben behandeln, beziehen sich auf die Litiskontestation. Zwar wird in der Regel dem Prozeßbeginn Leistungsverzug vorausgegangen sein; doch ist hieraus noch nicht auf die vernichtende Kraft der mora solvendi zu schließen. (Der Verzug hatte nur in einem Falle eine gewisse Wirkung, insofern als der Schuldner bei Verzug das Recht verlor zur oben Seite 12 erwähnten oblatio aestimationis, D. de leg. I, 1. l. 47 § 3, vgl. Mommsen, Beitr. z. Oblig.-R. III, S. 262 Anm. 11.)

Die Litiskontestation dagegen brachte die facultas alternativa zum Erlöschen. D. 46, 3 l. 57; D. 46, 1 l. 16 pr.[1]). Das hing mit der novierenden Wirkung des Prozeßbeginnes zusammen. Mit dem Streitbeginn trat nämlich an Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf dare, facere oportere ein solcher auf condenmari oportere (Gaius III, 180). Mit Untergang des ursprünglichen Anspruchs erlischt infolge ihrer akzessorischen Natur auch die facultas alternativa und lebt auch nicht wieder auf, wenn, wie bei der Prozeßnovation, ein anderer Anspruch an die Stelle des alten tritt[2]). Eine besondere Behandlung widerfuhr nur den Noxalklagen. Der Judex

---

[1]) Doch ist dies sehr bestritten. Wächter, Erörterungen III, S. 118, nimmt eine Gleichheit zwischen facultas alternativa und Alternativobligation an. Nach ihm geht die facultas weder mit Prozessbeginn noch mit dem Urteil, sondern erst mit der Exekution unter. Regelsberger a. a. O. S. 163 ff. dehnt die besondere Behandlung, die die actiones noxales erfuhren, auf alle gesetzlichen Fälle der facultas alternativa aus. Demgegenüber betont schon Ryck S. 257 mit Recht, dass ein innerer Grund für die vermeintliche Verschiedenheit der vertragsmässigen und der gesetzlichen Ermächtigung nicht erfindlich ist.

[2]) Ebenso Windscheid I, § 125 Anm. 11. Pescatore, Altern. Oblig. S. 268 und Wahlschuld 1905 S. 285. Ryck, der allerdings den Wegfall nicht folgert aus der konsumierenden Wirkung der Litiskontestation, sondern aus der Natur der Sache, ex ipsius rei natura.

war hierbei verpflichtet, dem Schadenersatzpflichtigen die facultas alternativa in der formula wie im Urteil vorzubehalten. Der Grund dieser verschiedenen Regelung ist in einer besonderen gesetzlichen Bestimmung zu suchen; sie war dem dominus besonders eingeräumt durch die zwölf Tafeln: facultatem ex lege accipit. D. 42, 1 l. 6 § 1, ferner D. 9, 4, l. 1 pr.

Während also nach dem Gesagten eine facultas alternativa des Schuldners im römischen Recht schon existierte, ist das Vorkommen einer solchen auf der Gläubigerseite nicht bezeugt bis auf den oben S. 9 Anm. 1 erwähnten strittigen Fall. Regelsberger hat als erster darauf hingewiesen, daß auch eine der Schuldner-facultas analoge Befugnis des Gläubigers vorkommen könne[1]). Jedoch hat er bei der Untersuchung des Wesens einer solchen und der sich hieraus ergebenden Folgen doch zu wenig scharf unterschieden zwischen dieser und der Alternativobligation, sodaß er sogar bei der Erörterung über die Unmöglichkeit der Prinzipalleistung in Widerspruch mit sich selbst kommt, wenn er behauptet, bei Unmöglichkeit der primären Leistung könne der Gläubiger immer noch auf die Eventualleistung zurückgreifen. Auch dem BGB. sind Fälle einer facultas alternativa sowohl des Schuldners als des Gläubigers bekannt, die über alle Teile des Gesetzes verstreut sind. Aber eine gesetzliche Regelung dieses Instituts ist im Gegensatze zur Wahlschuld im BGB. unterblieben, sodaß deren Begriffsbestimmung der Wissenschaft des heutigen Rechts überlassen bleibt.

---

[1]) Schon vor Regelsberger hat Wächter, Württ. Priv.-R. II, S. 99, die Frage, ob eine facultas alternativa des Gläubigers denkbar sei, gestreift, hat sie aber verneint: „Räumt der Verpflichtete im Falle einer alternativen Ermächtigung dem Berechtigten das Wahlrecht ein, so hört die alternative Ermächtigung zu bestehen auf und geht in eine alternative Verbindlichkeit über".

Begriff, Wesen und Zweck der facultas alternativa und der Wahlschuld.

Facultas alternativa des Schuldners.

Nach dem bisher Gesagten ist im römischen und gemeinen Recht eine facultas alternativa des Schuldners dann gegeben, wenn dieser nur zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, ihm aber durch Gesetz oder Rechtsgeschäft das Recht eingeräumt ist, an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere nicht geschuldete zu bewirken und so seine Verpflichtung zu tilgen. Diese Begriffsbestimmung trifft auch für das BGB. zu, wenn dieses auch einen technischen Ausdruck für facultas alternativa nicht kennt. Dieses dem Schuldner zustehende Recht wird gewöhnlich eingeräumt werden gleichzeitig mit der Begründung des Schuldverhältnisses, notwendig ist dies aber nicht, es kann auch nachträglich einer schon bestehenden Obligation hinzugefügt werden. Die facultas alternativa ist hiernach kein notwendiger Bestandteil der Obligation, wohl aber setzt sie eine solche voraus. Sie ist also akzessorischer Natur. Die Befreiungsleistung tritt niemals in das Schuldverhältnis ein, sodaß sie Schuldgegenstand würde. Wollte man hier von einem Eintritt sprechen, dann würde dieser erfolgen in dem Augenblick der Erfüllung, d. h. des Erlöschens. (Vgl. Langheineken S. 203.) Daraus folgt, daß eine bloße Erklärung des Schuldners, die Ersatzleistung beibringen zu wollen, völlig bedeutungslos ist, da der Gläubiger ja nie ein Recht auf diese erlangen kann, dem Begriffe der facultas entsprechend [1] [2] [3]. Tritt die Be-

---

[1] Daher ist es falsch, wenn Ryck S. 256 von Erweiterungen der Prinzipalobligation spricht, da, wie oben dargelegt, die Obligation selbst nicht verändert wird.

[2] Daraus, dass die Ersatzleistung niemals Schuldgegenstand werden kann, ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der Annahme einer facultas alternativa in § 359 (so Schollmeyer zu § 202):

freiungsleistung vor der Erfüllung in die Obligation ein, dann hört die einfache Schuld zu bestehen auf und geht in eine Wahlschuld über. Die beiden Leistungen müssen ferner von einander verschieden sein. Diese Verschiedenheit kann sich beziehen auf den Gegenstand, den Ort oder die Zeit der Leistung oder eine sonstige Modalität, selbst wenn der Leistungsgegenstand derselbe ist. Denn die Handlungen, die hier den Inhalt der Leistung ausmachen, sind trotz der Identität des Gegenstandes ganz verschieden; somit sind auch die Leistungen verschieden. (Ebenso Schollmeyer zu § 202, Fischer-Henle zu § 262; Enneccerus I § 242; Langheineken S. 208; Pescatore 1905 S. 140.)

Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil die Erklärung unverzüglich zurückweist. Weist er nun aber die Erklärung nicht zurück, dann ist der Rücktritt wirksam, und das Reugeld wird von nun an geschuldet. Diese Folge widerspricht aber dem Wesen der facultas alternativa. Ferner ist auch die von Chamitzer S. 78 als Abart einer facultas alternativa bezeichnete Ablösungsbefugnis des Rentenschuldners, der durch die Kündigung dem Rentengläubiger einen Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verschafft nach § 1202, als eine solche nicht anzuerkennen.

[3]) Natürlich bleibt es den Parteien unbenommen, im Wege des Vertrages dem Schuldner das Recht einzuräumen, durch blosse einseitige Erklärung den Inhalt des Schuldverhältnisses zu ändern, sodass nach der erfolgten Erklärung des Schuldners nur noch die zweite Leistung geschuldet wird. Dann ist dieses Rechtsverhältnis aber keine facultas alternativa mehr, da bei dieser die zweite Leistung niemals Gegenstand der Obligation wird. Derartige Verträge sind nicht selten im Börsenverkehr. Zu nennen sind z. B. die Prämiengeschäfte, insbesondere die Nochgeschäfte, bei denen ein gewisser Betrag fest gehandelt ist, also ein bestimmter Schuldgegenstand von Anfang an besteht, der Prämiengeber aber berechtigt ist, zu erklären, den schon geschuldeten Betrag ein oder mehrere Male liefern zu wollen, sei es als Käufer, sei es als Verkäufer. In diesen Fällen liegt ein den Obligationen mit sog. Gläubigerfacultas ganz analoges Rechtsverhältnis vor.

Die Leistungen selbst können bestehen in Sach- und Dienstleistungen als auch in Abschlüssen von verschiedenen Verträgen, z. B.: A. verpflichtet sich dem B. ein Darlehen von 1000 Mark zu geben, wenn er es nicht vorziehen sollte 100 Mark zu schenken.

So liegt auch eine facultas alternativa vor in den Fällen der von Endemann sog. „Vertragskoppelung". In dem von ihm genannten Falle: Die zu einem Mahle gelieferten Gläser sollen gegen Zahlung des Mietpreises zurückgegeben werden oder können gegen Leistung ihres Wertes behalten werden, besteht lediglich eine Verpflichtung zur Rückgabe und Zahlung des Mietpreises, der Schuldner kann aber diese Verpflichtung abwenden durch Zahlung ihres Wertes. Hier ist also ein klarer Fall einer facultas alternativa gegeben. Als was sich die beiden Leistungen charakterisieren, als Leistung aus dem Miet- oder Kaufvertrage, ist für die Frage nach dem Vorliegen einer facultas alternativa gleichgültig. Dagegen besteht in der am gleichen Orte von Endemann zitierten Stelle von Gaius III § 146 über die Vermietung von Gladiatoren-Sklaven nicht ein Fall von facultas alternativa, sondern einer sogenannten alternativbedingten Schuld, bei der die Entscheidung nicht durch die Erklärung des Schuldners, sondern von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängt, nämlich dem Tode der gemieteten Sklaven (vgl. Enneccerus I S. 609, Anm. 5).

Die facultas alternativa berechtigt den Schuldner, die ursprüngliche Leistung durch eine andere Leistung zu ersetzen. Die Befreiungsleistung muß sich also als eine wirkliche Leistung darstellen; daher liegt keine facultas vor in den Fällen, wo der Schuldner statt zu leisten, eine Befugnis geltend machen kann, z. B. Rücktritt erklären darf. Ebensowenig liegt dann eine facultas alternativa vor, wenn der Schuldner statt durch Zahlung durch Aufrechnung seine Schuld tilgen kann. (A. A.

Windscheid-Kipp II, S. 475, übereinstimmend Langheineken S. 208). Denn die Aufrechnungserklärung dient nicht zur Befriedigung eines Interesses des Gläubigers, sondern dient lediglich den Interessen des Schuldners. Sie ist nach § 388, 389 BGB. eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die bewirkt, daß die Hauptforderung als in dem Augenblick getilgt anzusehen ist, wo die Hauptforderung und die aufgerechnete Forderung als aufrechenbar einander gegenüber standen. Statt seine Verbindlichkeit realiter zu erfüllen, kann der Schuldner seine Schuld durch Aufrechnung einer Forderung tilgen. Die Aufrechnung bedeutet demnach ausschließlich eine Erleichterung für den Schuldner hinsichtlich seiner Verpflichtungen, sie ist also ein Recht des Schuldners, und zwar, da durch die Aufrechnungserklärung unmittelbar rechtliche Wirkungen hervorgebracht werden, ein Recht des rechtlichen Könnens (vgl. Staudinger, Verben zu § 387 BGB.). Die Ausübung eines solchen Rechtes ist aber keine Leistung im Rechtssinne und daher nicht geeignet, bei der facultas alternativa als Befreiungsleistung zu dienen.

Übt der Schuldner die ihm zustehende facultas aus, so bewirkt er eine andere als die geschuldete Leistung. Die Obligation erlischt also nicht durch Erfüllung, sondern durch Hingabe an Erfüllungsstatt. Aber diese Leistung an Erfüllungsstatt darf der Gläubiger bei Vermeidung des Annahmeverzuges nicht zurückweisen. (So ist auch das Wort Regelsbergers S. 167 zu verstehen, wenn er bei der facultas alternativa von einem rechtlichen Zwange zur Annahme an Erfüllungsstatt spricht. Das soll doch nur heißen, daß hier der Gläubiger in gleicher Weise wie zur Annahme der geschuldeten Leistung verpflichtet ist. Von einem wirklichen Rechtszwange kann natürlich keine Rede sein. Handelt es sich um Fälle, wo eine gesetzliche Abnahmepflicht besteht, wie beim Kauf

gemäß § 433 BGB. und beim Werkvertrag gemäß § 640 a. a. O., so besteht auch ein wahrer Rechtszwang zur Abnahme; in diesen Fällen läßt das Gesetz eine Klage auf Abnahme und damit auch eine Zwangsvollstreckung zu (vgl. Fischer-Henle Anm. 11 zu § 433 BGB. und Enneccerus I S. 834, § 325). Danach trifft bei einem Kauf mit facultas alternativa des Schuldners den Verkäufer nur eine einfache Pflicht, nämlich die zunächst geschuldete Sache zu leisten, den Käufer dagegen eine doppelte Verpflichtung, nämlich erstens die zunächst gekaufte Sache, sodann auch die vom Schuldner angebotene Befreiungsleistung abzunehmen. Das gleiche gilt für den Werkvertrag.) Daß eine Hingabe an Erfüllungsstatt vorliegt, ergibt sich aus den §§ 362, 364 mit aller Deutlichkeit. Denn eine eigentliche solutio kann nur dann vorliegen, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Wird aber eine andere als die geschuldete Leistung erbracht, dann liegt Hingabe an Erfüllungsstatt vor nach § 364[1]). Nun bedarf allerdings in der Regel die Hingabe an Erfüllungsstatt der Zustimmung des Gläubigers; denn aliud pro alio invito creditori solvi non potest. D 12, 12, 1. Sie stellt sich also dar als ein Vertrag. Bei der facultas alternativa dagegen kann der Schuldner, wie schon gesagt, die Befreiungsleistung

---

[1]) Demgegenüber behauptet Pescatore: Altern. Oblig. S 266 Anm. 5 und Wahlschuld S. 282 ff., die Tilgung der Oblig. erfolge nicht datione in solutum, sondern solutione, indem er sich auf einige Quellenstellen stützt. D 42, 1. l. 6 § 1. D 46, 3 l. 57 pr. Aber die darin vorkommenden Wendungen solutio und solvere bedeuten hier allgemein Befreiung des Schuldners, wie sich aus D 46, 3 l. 54 ergibt: Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam. Solutio bedeutet hiernach jede Aufhebung der Verpflichtung; solutio als Lösung entspricht der obligatio als Bindung. Ferner wendet Pescatore S. 283 gegen die obige Konstruktion ein, dass dann der Schuldner, der die Befreiungsleistung vollzieht, wie ein Verkäufer hafte nach § 305. Denn dieser statuiere die Haftung des an Erfüllungsstatt Leistenden

dem Gläubiger sogar wider dessen Willen aufdringen. Es liegt also hier eine eigenartig gestaltete datio in solutum vor, bei der die Erklärung der Zustimmung des Gläubigers zur datio in solutum bei den vertraglichen Fällen der facultas alternativa im Abschlusse des Vertrages liegt, während in den gesetzlichen Fällen der Gläubiger kraft Gesetzes verpflichtet wird, sich auf die Hingabe an Erfüllungsstatt einzulassen. Es tritt also neben die vertragliche eine gesetzliche Pflicht zur Annahme an Erfüllungsstatt. (So Enneccerus I S. 615: „Der Schuldner hat das Recht zu einer der Zustimmung des Gläubigers nicht bedürfenden Leistung an Erfüllungsstatt."

Zweck der Facultas alternativa.

Die facultas alternativa des Schuldners dient ausschließlich dessen Interessen. Ihm ist durch diese Befugnis die Erfüllung der Verbindlichkeit erleichtert. Dem Gläubiger kann sie gar nicht zustatten kommen, da dieser ja ein Recht auf die Solutionsleistung nicht erlangt. Wird die geschuldete Leistung kasuell unmöglich, dann kann er die andere nicht fordern. Ein Versicherungszweck kann infolgedessen nicht in Frage kommen. Wohl aber liegt, da dem Schuldner ein ge-

---

als solchen. M. E. wird man jedoch hier stets auf die causa dationis in solutum zurückgehen müssen. Dies entspricht auch sicherlich dem Parteiwillen. Behält sich beispielsweise bei einem Schenkungsversprechen der Schenker eine facultas alternativa vor, so will er doch nicht wie ein Verkäufer, sondern wie ein Schenker nach § 524/25 haften. Denn die Beifügung einer facultas alternativa bezweckt doch stets nur eine Erleichterung der Leistungspflicht, nicht aber eine Erschwerung, wie dies bei Anwendung des § 365 der Fall sein würde (vgl. Enneccerus I S. 722, Anm. 2). Für unsere Konstruktion der facultas alternativa als einer datio in solutum spricht ferner die gesetzliche Bestimmung in § 616 HGB., wonach Behältnisse dem Verfrachter für die Fracht „an Zahlungsstatt" überlassen werden können. Vgl. unten S. 103.

wisser Spielraum gelassen ist, innerhalb dessen sich seine Leistung bewegen kann, regelmäßig ein Wahlzweck vor; der Schuldner kann im Augenblick der Leistung seine Interessen abwägen und die Leistung wählen, die ihm bequemer oder für ihn weniger hart ist. Die Einräumung der facultas bezweckt hiernach eine „Abschwächung der Schuldnerpflicht" (vgl. Litten S. 94/95)[1]).

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Als Gegenstück zur facultas alternativa des Schuldners hat man auf Seiten des Gläubigers das Rechtsverhältnis bezeichnet, bei dem der Gläubiger das Recht hat, an Stelle einer zunächst geschuldeten Leistung eine andere zu verlangen, derart, daß diese zweite Leistung in das Schuldverhältnis eintritt. Nun ist aber das bezeichnete Rechtsverhältnis nicht ein wahres Gegenstück zur facultas alternativa des Schuldners[2]). Denn deren Eigentümlichkeit bestand, wie wir sahen, darin, daß die zweite, die Befreiungsleistung niemals in das Schuldverhältnis eintritt, sondern stets außerhalb der Obligation verbleibt. Das in der Regel „facultas alternativa" des Gläubigers bezeichnete Rechtsgebilde wäre nur dann als ein genaues Gegenstück zur Schuldnerfacultas anzusehen, wenn diese letztere darin bestände, daß der Schuldner das Recht hat, statt einer in erster Linie geschuldeten Leistung eine andere zu wählen und diese zweite zum Gegenstand der Obligation zu machen, wenn also die Schuld mit facultas alternativa denselben Inhalt hätte wie die S. 16 erwähnten Prämien- und Nochgeschäfte. Nach

[1]) Gerade um etwaigen Härten vorzubeugen, sind im BGB. einige Fälle von facultas alternativa eingeführt worden, so insbesondere § 257, 2170: „wenn die Herstellung, bzw. Verschaffung mit unverhältnismässigen Kosten verbunden ist".

[2]) Zu dieser Bemerkung bin ich durch eine Vorlesung des Prof. Rudolf Leonhard angeregt worden.

alledem ist die Bezeichnung des genannten Rechtsgebildes als einer facultas alternativa des Gläubigers unpräzis. Es empfiehlt sich, um den Unterschied von der Schuldnerfacultas zu kennzeichnen, nach dem Beispiele von Rudolf Leonhard, in diesen Fällen von einer „sogenannten facultas alternativa des Gläubigers" zu sprechen. Während das Vorkommen der facultas alternativa des Schuldners völlig unbestritten ist, herrscht über die selbständige Existenz der Gläubigerfacultas lebhafter Streit. Von einigen wird ihre Existenz überhaupt geleugnet[1]) und nur für eine besondere Art der Wahlschuld gehalten. (Endemann I S. 670: Von einer facultas alternativa des Gläubigers zu reden, besteht kein Anlaß; ebenso Pescatore S. 262 ff.) Aber während bei der Wahlschuld eine Unbestimmtheit besteht, ist bei der facultas alternativa des Gläubigers von Anfang an der Inhalt des Anspruchs fest bestimmt. Es existiert nur ein einfaches Schuldverhältnis auf eine bestimmte Leistung. Dem Gläubiger steht nur ein Anspruch auf x zu, er kann aber, wenn er will, statt dessen y fordern. Die facultas alternativa stellt sich also dar als die Befugnis, einem bestehenden Schuldverhältnis einen anderen Inhalt zu geben, den Schuldner zu nötigen, sein Interesse mit einer andern als der ursprünglichen Leistung zu befriedigen. Da nun der Gläubiger gemäß § 271 BGB. jederzeit die andere Leistung fordern kann, so wird der Schuldner diese jederzeit in Bereitschaft halten und

---

[1]) Wenn Pescatore S. 262 behauptet, dass derjenige, der etwas verlangen kann, „wenn er will", sofort einen Anspruch habe, und dass dieses „wenn er will" lediglich eine admonitio sei, so beweist das hier gar nichts. Richtig ist, dass in diesem Falle der Berechtigte sofort einen Anspruch hat, aber hier handelt es sich doch darum, dass jemand etwas verlangen kann aber statt dessen, „wenn er will", etwas anderes begehren kann. Auf dem „statt" liegt der Nachdruck. Daraus ist ersichtlich, dass er vorher keinen Anspruch hatte.

ist daher auch bezüglich dieser gebunden. Darin liegt vor allem die große Ähnlichkeit mit der Wahlschuld.

Ein rechtliches Müssen, eine Pflicht, die zweite Leistung bereit zu halten, besteht nicht. Darin liegt gerade der grundlegende Unterschied zwischen Gläubigerfacultas und Wahlschuld, bei der der Schuldner beide Leistungen schuldet und demgemäß auch beide bereithalten muß.

Das oben über die Befreiungsleistung Gesagte gilt entsprechend auch hier bezüglich des sekundären Anspruchs. Es muß also ein Anspruch sein, der substituiert wird. Daher keine facultas alternativa bei Geltungmachung der Rechte aus § 323 oder des Rücktritts. (Ebenso Chamitzer S. 87; Langheineken S. 214, a. M. Fischer-Henle zu § 325, Anm. 7.)

Das über die Verschiedenheit der Leistungen zur facultas alternativa des Schuldners Gesagte gilt auch hier.

Eine selbständige Existenz einer Gläubigerfacultas ist von der herrschenden Meinung anerkannt, so Windscheid-Kipp II § 255, Anm. 6a; Enneccerus I § 244; Litten S. 96; Oertmann S. 56 ff.; Schollmeyer zu § 262; Crome II, 1, § 151; Regelsberger a. a. O. S. 167 ff.

Bezüglich des Wesens der facultas alternativa des Gläubigers herrscht jedoch unter den Genannten lebhafter Streit. Nach der Ansicht von Regelsberger, Hellwig, Schollmeyer bestehen bei der facultas alternativa des Gläubigers zwei Obligationen, jede mit einem bestimmten Leistungsinhalt. Von beiden kann nur eine vorhanden sein, die zuerst entstandene erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite entschieden hat. „Beide gehen also aus dem sie begründenden Rechtsverhältnis als bedingte hervor, die eine resolutiv- — die andere suspensiv- — bedingt“ [1]).

[1]) Mit Regelsbergers Konstruktion der facultas alternativa als zweier bedingter Ansprüche lässt sich auch seine Folgerung

(Regelsberger S. 167 ff.) Langheineken S. 201 dagegen hält beide Ansprüche für resolutiv-bedingt.

Das eine ist von allen richtig erkannt worden, daß im Falle einer sogenannten facultas alternativa des Gläubigers der Schuldner immer nur eine einzige Leistung schuldet, während die andere nach ihrer Ansicht nur bedingt geschuldet wird, gerade im Gegensatz zu der Wahlschuld, wo zwei Leistungen nebeneinander geschuldet werden, sodaß bei der letzteren die Wahl dazu dient, die vorhandene obligatio alternativa in eine obligatio simplex zu verwandeln, während bei der sogenannten facultas alternativa des Gläubigers dessen Recht darin besteht, eine obligatio simplex in eine andere umzuwandeln.

Demgegenüber ist zu betonen, daß der Gläubiger stets nur einen Anspruch hat, er hat ein Forderungsrecht nur auf x, kann aber statt dessen y verlangen, wenn er dies lieber will. Es läuft also neben dem Anspruch auf x kein zweiter auf y einher, auch nicht ein suspensiv-bedingter, — denn ein bedingter Anspruch ist auch ein Anspruch — sondern dieser auf y gerichtete ist noch gar nicht existent. Er wird es erst in dem Augenblick, wo der Gläubiger sich für die zweite Leistung entscheidet. Bis dahin besteht also lediglich die Möglichkeit für seine Existenz. Die facultas alternativa ist nach dem Gesagten also ein Recht, einen neuen Anspruch durch einseitige Erklärung zu schaffen und ihn dem ursprünglichen zu substituieren, ein Recht, den Inhalt des bestehenden Schuldverhältnisses zu ver-

---

erklären, dass bei kasueller Unmöglichkeit der primären Leistung der Gläubiger immer noch auf die Eventualleistung zurückgreifen könne. Er gerät dabei aber mit sich selbst in Widerspruch, da er die facultas alternativa definiert als einen Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt. Wenn es aber nichts mehr zu erfüllen gibt, dann ist auch eine Leistung an Erfüllungsstatt undenkbar. (Vgl. Chamitzer S. 80.)

ändern[1]). (Ebenso Oertmann S. 55.) Daraus folgt einerseits, daß der Gläubiger, der einmal von seiner facultas alternativa Gebrauch gemacht hat, nicht mehr auf die ursprüngliche Leistung zurückgreifen kann. Es wäre dazu eine zweite facultas erforderlich, da er nicht die Macht hat, den einmal eingetretenen Inhalt des Schuldverhältnisses einseitig zu verändern, die ihm allerdings noch nachträglich oder schon von vornherein durch Parteivereinbarung eingeräumt werden kann. (Ebenso Regelsberger S. 175.) Andererseits ergibt sich aus dieser Konstruktion, daß der Gläubiger die andere Leistung nicht verlangen kann, sobald der ursprüngliche Anspruch nicht mehr besteht, z. B. wegen Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 erloschen ist, denn die facultas gewährt ihm doch nur das Recht zur Ersetzung eines Anspruchs durch einen andern. Diese ist aber ausgeschlossen, wenn der erste Anspruch überhaupt nicht mehr besteht.

Zweck der sogenannten facultas alternativa des Gläubigers.

Die facultas alternativa dient ausschließlich den Interessen des Gläubigers. Von einem Versicherungszweck kann nach dem Gesagten aber ebensowenig wie bei der facultas alternativa des Schuldners die Rede sein, da er ja nicht die andere Leistung verlangen kann, bei kasueller Unmöglichkeit der prinzipalen. Dagegen verfolgt die Einräumung einer facultas in der Regel einen Wahlzweck. Der Gläubiger soll in der Lage sein, die Leistung, die seinen Bedürfnissen mehr zu dienen geeignet ist, zu wählen. Er wird die Ersatzleistung stets dann wählen, wenn er an dieser ein größeres Interesse gewonnen hat, als er es bisher an der geschuldeten

[1]) Die facultas alternativa ist demnach ein Recht auf Rechtsänderung (Recht des rechtlichen Könnens). Vgl. Zitelmann; Intern. Priv.-R. I, S. 82, Enneccerus I, S. 88.

hatte, z. B. wenn die Umstände, unter denen die Prinzipalleistung geschuldet wurde, zu seinem Nachteile verändert haben, wie im Falle der § 1201, 1133, wo der Rentenberechtigte Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann, bei Verschlechterung desselben. Die facultas alternativa gewährt also lediglich dem Berechtigten eine „größere Freiheit", nicht aber eine „größere Sicherheit". (Franz Leonhard a. a. O. S. 7.)

Die Wahlschuld.

Eine Wahlschuld liegt dann vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur eine zu bewirken ist; § 262 [1]). Die Obligation umfaßt nach der im BGB. gegebenen Begriffsbestimmung alle Leistungen, sie werden sämtlich geschuldet, aber nur eine von ihnen ist schließlich zu bewirken. Dies ergibt sich auch aus den Motiven Bd. II S. 6. Hier ist die Alternativobligation definiert als „ein Schuldverhältnis, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zur Entscheidung, welche derselben zu bewirken ist, in obligatione sind." Es ist also bei der Wahlschuld nicht ungewiß, was geschuldet wird, sondern was schließlich geleistet wird. Diese Leistungsunbestimmtheit muß einmal behoben werden. Dies kann erfolgen entweder durch Wahlerklärung oder ein dieser äquivalenten Mittel wie z. B. Unmöglichkeit einer Leistung nach § 265. Erfolgt die Entscheidung darüber, welche Leistung zur Erfüllung dienen wird, durch Erklärung, dann wird es so angesehen, als ob die gewählte Leistung von Anfang

[1]) Im folgenden soll immer angenommen werden, dass es sich nur um zwei Leistungen handelt. Es können natürlich auch mehr sein.

an allein geschuldet worden wäre (§ 263 Abs. 2). Das BGB. hat sich durch diese Regelung der Wahlschuld der resolutiven Pendenztheorie angeschlossen. Nach dieser sind beide Leistungen in obligatione, aber infolge der Entscheidung der Alternative ist es so anzusehen, als ob der gewählte Gegenstand von Anfang an allein in obligatione gewesen sei. Die nicht gewählten Leistungen scheiden also aus, als seien sie niemals geschuldet gewesen (Bernstein S. 4 ff.). (Wie die resolutive Theorie im wesentlichen auch Windscheid II § 255 Anm. 5, der unter obligatio nicht eine wahre Schuld, sondern nur eine Gebundenheit bezüglich aller Leistungen versteht.) Dieser resolutiven stand im gemeinen Recht gegenüber die suspensive Pendenztheorie, nach der von Anfang an nur feststeht, daß etwas geschuldet wird, nicht aber, was geschuldet wird. Erst mit der Entscheidung treten die Leistungen in die Obligation ein. Die bedenkliche Schwäche dieser Theorie besteht vor allem darin, daß nach ihr bis zur Wahl eine Obligation ohne Gegenstand besteht. Eine objektlose Obligation ist jedoch undenkbar.

Nach dem Gesagten ist vom BGB. die resolutive Theorie angenommen. Demgegenüber behauptet Enneccerus I S. 608 (und mit ihm Franz Leonhard a. a. O. S. 63 ff.): „Geschuldet wird eine zunächst noch unbestimmte, dann durch die Wahl bestimmt werdende Leistung. Abzulehnen ist die resolutive wie die suspensive Theorie. Für die resolutive scheint zwar § 262 zu sprechen, allein die Annahme, wer eine oder das andere schulde, der schuldet einstweilen jedes von beiden, enthält geradezu einen logischen Widerspruch. Geschuldet wird nur eine noch nicht vollständig bestimmte Leistung.“ Gewiß wäre es ein Widerspruch, nähme man an, daß, wenn eins oder das andere geschuldet würde, einstweilen beide geschuldet würden, aber das Gesetz geht davon aus, daß eins oder das andere zu leisten ist, daß aber einstweilen jedes von

beiden geschuldet wird. Denn aus der Fassung des § 262 geht doch deutlich hervor, daß mehrere Leistungen geschuldet werden, vor allem aber ergibt sich dies aus § 263 Abs. 2, der besagt, daß die gewählte Leistung als von Anfang an allein geschuldet gilt. Aus diesem „Allein" ist doch klar ersichtlich, daß die gewählte Leistung vorher nicht allein, sondern neben ihr noch andere Leistungen geschuldet wurden, und daß vom Augenblick der Wahl an fingiert wird, als seien die nichtgewählten niemals geschuldet gewesen. Diese Bestimmungen entsprechen voll und ganz der resolutiven Pendenztheorie. (Übereinstimmend Schollmeyer zu § 262; Planck zu § 262; Chamitzer S. 2 ff.; Crome II, 1 § 155; Dernburg II, 1 S. 104; Pescatore: Wahlschuld S. 25.) Unsere Annahme wird ferner bestätigt durch die Bestimmung des § 265 S. 2, wonach die Beschränkung auf die noch mögliche Leistung nicht eintritt, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat. Hierdurch wird dem wahlberechtigten Gläubiger das Recht gegeben, zwischen der noch möglichen Leistung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Da diese Schadensforderung aber eine schon bestehende Schuld voraussetzt, so ist hieraus ersichtlich, daß alle Leistungen geschuldet werden [1] [2].

Da das BGB. also auf dem Standpunkt steht, daß mehrere Leistungen geschuldet werden, so entsteht die

---

[1] Für die obige Konstruktion spricht ferner die Begründung der Ablehnung eines Antrags der II. Kommission (Prot. II S. 564), den Satz 2 des § 209 des E. I. zu streichen, der besagte, dass nach Vollziehung der Wahl das Schuldverhältnis so zu beurteilen sei, als sei es von Anfang an nur auf die gewählte Leistung gerichtet gewesen. Die Bestimmung des Satzes 2, sagt die Begründung, sei im Interesse der Deutlichkeit nicht wohl zu entbehren, um klar zu stellen, dass bei der alternativen Obligation der zu leistende Gegenstand sich von Anfang an in obligatione befinde, und dass deshalb die Wahl zurückwirke. Diese letzten

Frage, ob aus der Wahlschuld ein oder mehrere Ansprüche entspringen. Diese Frage ist verschieden beantwortet worden. Regelsberger S. 165 nimmt ein einziges Schuldverhältnis an von bestimmtem Dasein, aber unbestimmtem Leistungsinhalt. Nach Ryck S. 230 ist die Alternativobligation ein zusammengesetztes Schuldverhältnis, bestehend aus zwei Gliedobligationen. Pescatore S. 132 macht einen Unterschied zwischen Wahlschuld mit Schuldner- und derjenigen mit Gläubigerwahlrecht. Im ersteren Falle bestehe ein Anspruch auf „x oder y", im letzteren Falle dagegen handle es sich auch nach dem Rechte des BGB. um eine Mehrheit von Ansprüchen, von denen der Gläubiger nach seinem Belieben einen geltend machen könne. Ähnlich Langheineken, der bei Gläubigerwahlrecht zwei resolutiv bedingte Ansprüche annimmt. Ferner Hellwig, der aber auch beim Schuldner- wie beim Gläubigerwahlrecht zwei Ansprüche annimmt.

Von einer verschiedenen Gestaltung der Wahlschuld ist im BGB. jedoch nichts zu finden. Das Gesetz spricht vielmehr in § 265 S. 1 von einem Schuldverhältnisse. Die Einheitlichkeit der Gestaltung ergibt sich aber auch aus § 264, wonach bei Verzug das Wahlrecht ohne weiteres vom Gläubiger auf den Schuldner übergehen kann. Nach Pescatore und Langheineken müßten in diesem Falle die dem Gläubiger zustehenden Ansprüche sich plötzlich in einen einfachen Anspruch um-

---

Worte sollen doch offenbar besagen, dass, weil sämtliche Leistungen von Anfang an geschuldet würden, durch die Wahl die nichtgewählten mit der Wirkung ex tunc ausgeschieden würden.

[2]) Die Annahme Litteus, dass bei Gläubigerwahl resolutive, bei der Schuldnerwahl suspensive Pendenz vorliege, bedarf nach dem oben Gesagten wohl keiner besonderen Widerlegung. Eine verschiedene Regelung, je nach Gläubiger- oder Schuldnerwahlrecht hat das BGB. nicht getroffen, sondern die Wahlschuld als ein völlig einheitliches Gebilde behandelt.

wandeln. Für eine solche Konstruktion bietet das Gesetz nicht den geringsten Anhalt. Das Wahlschuldverhältnis ist vielmehr ein völlig einheitliches Gebilde. Der Gläubiger hat stets nur einen einzigen Anspruch. Steht die Wahl dem Schuldner zu, dann einen alternativen auf „a oder b", steht sie ihm selbst zu, dann hat er nur einen Anspruch auf eine ganz bestimmte Leistung. Der Gläubiger muß, wenn er seinen Anspruch geltend machen will, seine Wahl vorher treffen. Auch aus der Behandlung des Gläubigerverzuges folgt die Einheitlichkeit der Wahlschuld. Beständen zwei selbstständige Ansprüche nebeneinander, auf a und b gerichtet, so wäre ein Verzug des Gläubigers nur denkbar, wenn beide Leistungen zugleich angeboten würden. Darauf könnte der Schuldner erst eine Frist zum Wählen setzen. Der § 264 Abs. 2 verlangt aber nur Aufforderung zur Vornahme der Wahl mit nachfolgender Fristsetzung und zwingt den Gläubiger dadurch, seinen zunächst unbestimmten Anspruch genau zu begrenzen. Es besteht also immer nur ein Anspruch trotz der Mehrheit der geschuldeten Leistungen (vgl. darüber insbesondere Siber, krit. Viertj.-Schr. Bd. 46, S. 538 ff., ferner Crome II, 1 S. 90, Oertmann zu § 263, Schollmeyer zu § 263, Stammler S. 134, Dernburg S. 106).

Zweck der Wahlschuld.

Die Gesichtspunkte, aus denen heraus ein Wahlschuldverhältnis begründet werden kann, sind in den einzelnen Fällen ganz verschieden. Es ist nicht angängig, immer nur einen bestimmten Zweck hervorzuheben, wie Bernstein a. a. O. S. 8, der nur den Versicherungszweck betont, und Ryck, der nur den Auswahlzweck hervorhebt. Litten S. 68 meint: „Zu dem Wahl- und Ersatzzweck, der so zu verstehen sei, daß jede Leistung fähig sei, die andere zu ersetzen, komme durch die Regelung der Wahlschuld in § 265 S. 1 nach ein dritter

Zweck, der Versicherungszweck hinzu. Von diesen Zwecken vertrüge sich zwar der Ersatzzweck mit dem Versicherungszweck, nicht aber der Ersatzzweck mit dem Wahlzweck. Es herrsche eine Disharmonie der Zwecke". Pescatore S. 13 hält jede Zweckbetrachtung überhaupt für wertlos.

Das BGB. hat bei der Regelung der Wahlschuld keinen der beiden Zwecke, weder den Wahl- noch den Versicherungszweck bevorzugt. Zwar hat es in § 265, 1 den Versicherungszweck ausdrücklich betont, indem es bestimmt, daß bei Unmöglichkeit der einen Leistung sich das Schuldverhältnis auf die andere konzentriere. Aber erstens ist diese Bestimmung eine dispositive Norm, sodann aber hat das Gesetz durch § 263, Abs. 2, diesen Versicherungszweck derartig beschränkt, daß von einem Vorrang dieses Zweckes nicht die Rede sein kann. Welcher Zweck im einzelnen Falle von der Wahlschuld verfolgt wird, richtet sich nach dem Parteiwillen. Und es sind zu unterscheiden die Fälle, in denen der Gläubiger und die, in denen der Schuldner das Wahlrecht hat. In den ersteren Fällen wird regelmäßig der Wahlzweck vorliegen. Die Einräumung des Wahlrechts an den Gläubiger wird dann erfolgen, wenn dieser im Augenblick des Vertragsschlusses noch nicht weiß, welche der beiden Leistungen in der Zukunft seinen Interessen zu dienen am meisten geeignet sein wird. Der Gläubiger soll dann in der Lage sein, unter den vom Schuldner bereitgehaltenen Leistungen, die ihm zusagende zu wählen. In den Fällen des Schuldnerwahlrechts dagegen werden in der Regel beide Zwecke zugleich vorliegen. Der Schuldner ist hier in den Stand gesetzt, die Leistung zu wählen, deren Bewirkung ihm am leichtesten fällt, oder die er am besten entbehren kann, was oft bei Vermächtnissen der Fall ist. Andrerseits kommt diese Unbestimmtheit auch dem Gläubiger zu statten, insofern er bei Unmöglichkeit der

einen die übrig gebliebene Leistung verlangen kann. Es tritt also hier der Versicherungszweck zutage, der allerdings durch die Wahlerklärung des Schuldners illusorisch gemacht werden kann[1]).

Unterschied.

Der Unterschied zwischen facultas alternativa und Wahlschuld besteht nun darin, daß bei der facultas alternativa des Schuldners wie des Gläubigers stets nur eine Leistung geschuldet wird, während bei der Wahlschuld sofort mehrere Gegenstand der Verpflichtungen sind. Bei dieser stehen also die Leistungen gleichwertig nebeneinander, bei jener dagegen wird ein Erfolg in erster Linie beabsichtigt. „Es besteht eine prinzipale und eine eventuelle Absicht". (Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 510.) Bei der Wahlschuld besteht demgemäß bezüglich der zu erbringenden Leistung eine Unbestimmtheit, die erst gelöst werden muß, damit das Schuldverhältnis erfüllt werden kann. Bei der facultas alternativa dagegen ist das Interesse des Gläubigers von vornherein bestimmt; es bedarf daher keiner Entscheidung. Die Wahl muß bei der Wahlschuld erfolgen, die Ausübung der facultas alternativa dagegen kann erfolgen.

---

[1]) Häufig werden auch Fälle vorkommen, in denen nur der Versicherungszweck, andere, in denen nur der Wahlzweck betont ist. Für die erste Kategorie führt Leonhard a. a. O. S. 6 ein Beispiel an: Ein Staat will zu Kriegszwecken von einem Reeder ein Transportschiff kaufen. Da aber dessen Schiffe sämtlich unterwegs sind, kauft er eins von dessen vier. Hier liegt dem Käufer nur daran, überhaupt ein Schiff zu erhalten; welches ist ihm gleichgültig. Eine Wahlerklärung des Schuldners, durch die eine Konzentration eintreten würde, würde in diesem Falle als gegen Treu und Glauben verstossend, unwirksam sein. Unter die zweite Kategorie fällt z. B. ein Verschaffungsvermächtnis, bei dem der Erblasser die Alternative nur hinzugefügt hat, um den Beschwerten nicht allzusehr zu belasten. Im übrigen ist ein Unterschied zwischen Ersatz- und Versicherungszweck, wie ihn Litten macht, nicht ersichtlich.

Daraus folgt, daß das Wahlrecht notwendiger Bestandteil der Wahlschuld ist, während die facultas alternativa gewissermaßen nur Zubehör zum Schuldverhältnis ist. Sie kann daher auch noch nachträglich einer schon bestehenden Obligation beigefügt werden. Bei der Wahlschuld besteht das Wahlrecht dagegen begriffsnotwendig von Anfang an. Allerdings ist die Möglichkeit der Wahl kein so wesentliches Moment der Wahlschuld, daß mit der Wahl auch das bestehende Rechtsverhältnis steht und fällt, sondern, selbst wenn die Wahl durch Wegfall eines Gliedes der Alternative infolge kasueller Unmöglichkeit ausgeschlossen ist, besteht die Obligation weiter fort (§ 265 S. 1), wenn auch nur als obligatio simplex. Ferner verfolgt die Schuld mit facultas alternativa in beiden Fällen immer nur einen Zweck, den Wahlzweck; der Versicherungszweck ist schlechterdings undenkbar, die Wahlschuld dagegen dient sowohl dem Wahl- wie dem Versicherungszweck.

Veränderung des Rechtsverhältnisses durch Ausübung der facultas alternativa, bzw. des Wahlrechts.

Form und Wirkung der Ausübung.

Facultas alternativa des Schuldners.

Die facultas alternativa gewährt dem Schuldner, wie wir gesehen haben, das Recht, statt der geschuldeten eine andere Leistung zu bewirken, also eine Veränderung des Leistungsinhalts vorzunehmen. Dieses Recht kann er naturgemäß nur dadurch ausüben, daß er eine andere Leistung bewirkt. Bloße Erklärung genügt nicht. Er-

folgt sie, so ist sie unerheblich[1]). Denn käme ihr Wirksamkeit zu, dann würde nicht der Leistungs-, sondern der Schuldinhalt verändert werden, was aber dem Wesen der Schuld mit facultas alternativa widerspricht. Also nur durch Leistung kann die Ausübung erfolgen. Die Leistung muß aber vollzogen werden mit dem Willen, damit die ihm zustehende facultas alternativa auszuüben. Hat der Schuldner nicht die Absicht, die Leistung an Erfüllungsstatt zu geben, so ist die facultas alternativa nicht wirksam ausgeübt, die Obligation also noch nicht erloschen. Der Gläubiger behält nach wie vor seinen Anspruch auf die geschuldete Leistung. Bewirkt der Schuldner aber im Bewußtsein der ihm zustehenden facultas die Befreiungsleistung, dann wird er von seiner Verpflichtung frei, vorausgesetzt, daß die Leistung eine vollständige ist. Macht er eine teilweise Leistung, dann besteht seine Verpflichtung weiterhin, und zwar nur auf die geschuldete Leistung gerichtet[2]). Es stehen ihm dann zwei Wege offen: entweder das schon Geleistete zu kondizieren nach § 812 BGB. und das Geschuldete beizubringen[3]) oder durch Leistung des Restes die Schuld zu tilgen.

---

[1]) Selbstverständlich ist es den Parteien unbenommen, im Wege des Vertrages den Inhalt der Obligation zu verändern, so, dass nur noch die Solutionsleistung geschuldet wird. Ein solcher Vertrag ist aber nicht schon dann anzunehmen, wenn der Schuldner erklärt, die zweite Leistung bewirken zu wollen, und der Gläubiger die Erklärung annimmt, sondern beide Teile müssen den Willen zum Vertragsschlusse haben. Die Erklärung muss vertragsmässig gegeben und angenommen werden, ebenso Kipp § 255, Zusätze 2b.

[2]) Sind die beiden Leistungen teilbar, dann ist anzunehmen, dass, wenn eine Teilleistung bewirkt ist, die Verbindlichkeit für den entsprechenden Teil getilgt ist, der Gläubiger also nur noch einen Anspruch auf den übrigen Teil der Schuldleistung hat.

[3]) In diesem Falle steht jedoch dem Gläubiger ein Rückbehaltungsrecht an der kondizierten Leistung zu nach § 273. Denn nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts (RGZ. 57 [1]) genügt es zur Anwendbarkeit des § 273, wenn bezüglich der

Leistet er einen Teil des Geschuldeten, dann steht ihm natürlich ein Bereicherungsanspruch nicht zu, weil ein debitum geleistet ist. Er bleibt zur Nachleistung verpflichtet, hat aber die Möglichkeit, die Befreiungsleistung zu erbringen und so seine Verpflichtung zu tilgen. Darauf kann er das Geleistete zurückverlangen, weil der ursprünglich vorhandene Rechtsgrund mit der Hingabe der Befreiungsleistung weggefallen ist. (§ 812, S. 2.) Es ergibt sich somit, daß nur durch Bewirkung der vollständigen Befreiungsleistung die facultas alternativa des Schuldners ausgeübt wird. (Übereinstimmend Litten S. 96.)

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Im Gegensatz zur facultas alternativa des Schuldners wird diejenige des Gläubigers ausgeübt durch Erklärung, und zwar durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Wann sie wirksam wird, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Die unter Abwesenden wird wirksam in dem Augenblick, wo sie dem andern zugeht, d. h. wo der Absender das seinerseits erforderliche getan hat, um dem Empfänger den Inhalt der Erklärung zu verschaffen, sodaß dieser in der tatsächlichen oder rechtlichen Lage ist, von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen. (RGZ. 50 [191].) Die unter Anwesenden abgegebene Erklärung wird sofort wirksam, vorausgesetzt, daß sie für den andern vernehmbar war.

Eine Ausübung ist natürlich dann noch nicht erfolgt, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangt.

Leistung und Gegenleistung eine Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses vorliegt, die beiden Leistungen aus einem einheitlichen Lebensverhältnisse entspringen. Es muss eine „gemeinsame Grundlage für Recht und Pflicht vorliegen“ (Fischer-Henle zu § 273). Diese gemeinsame Grundlage ist die Schuld mit facultas alternativa.

Er hat dann immer noch die Möglichkeit[1]), die andere Leistung zu fordern, also ein ius variandi, solange sein Anspruch auf die zunächstgeschuldete besteht, demnach selbst dann noch, wenn der Schuldner die Prinzipalleistung angeboten und der Gläubiger sich nicht erklärt hat. Der Gläubiger kommt lediglich in Annahmeverzug. Das Fortbestehen des Forderungsrechts und damit der facultas alternativa wird dadurch nicht betroffen. Erst mit dem Erlöschen der Forderung, also z. B., wenn der Schuldner bei mora creditoris die Sache unter Verzicht auf die Rückgabe hinterlegt (§ 372, 378), ist die Ausübung der facultas alternativa ausgeschlossen.

Hat aber der Gläubiger sich einmal für die andere Leistung entschieden, dann hat er seinen Anspruch auf die geschuldete Leistung aufgegeben und an dessen Stelle einen anderen neugeschaffenen gesetzt. Der ursprüngliche Anspruch ist also erloschen. Daraus folgt notwendigerweise, daß der Gläubiger nicht mehr auf den früheren zurückgreifen kann. Denn das hieße ja, den nunmehr bestehenden Inhalt der Obligation durch Neuschaffung des einstmals bestehenden Anspruchs wiederum verändern. Dazu berechtigt ihn aber die facultas alternativa keineswegs. Sollte er trotzdem auf die frühere Leistung zurückgreifen können, dann ist ein dahingehender Vertrag erforderlich (gem. § 305), der auch dadurch zustande kommt, daß der Gläubiger die Hauptleistung wiederfordert und der Schuldner sie beibringt, oder aber „es ist ihm von vornherein diese

[1]) Diese Sätze gelten, wie schon oben zur facultas alternativa des Schuldners gesagt, nur so lange, als nicht die Parteien ausmachen, dass schon das Begehren der geschuldeten Leistung die facultas alternativa vernichten solle Eine solche Bestimmung kann natürlich auch durch das Gesetz getroffen sein, wie in § 1347. Gerade diese in § 1347 getroffene besondere Regelung beweist, dass das Gesetz gleichfalls auf dem Standpunkt steht, dass durch das Verlangen der Schuldleistung grundsätzlich eine Variation nicht ausgeschlossen wird.

Befugnis in einem umfänglicheren Sinne eingeräumt". (Regelsberger a. a. O. S. 175.) (Übereinstimmend Regelsberger S. 175, Hellwig S. 103, Oertmann S. 56, a. A. Kipp II S. 32, 2 c., der die Wirkungen von den Vorschriften des einzelnen Falles abhängig macht. Ein ius variandi nimmt an Titze S. 196, Anm. 1. Titze spricht hier von einem Wahlrecht. Streng genommen, trifft dieser Ausdruck nicht zu, da man „wählen" kann nur zwischen gleichwertigen Leistungen; bei der facultas alternativa aber haben die Leistungen nicht die gleiche Stellung.)

Die Art und Weise, seinen Ausübungswillen zu manifestieren, ist dem Belieben des Berechtigten anheimgestellt. Es kommen hierfür die allgemeinen Grundsätze über Willenserklärungen zur Anwendung. Die Erklärung kann demnach ausdrücklich wie durch konkludente Handlungen erfolgen. So kann die facultas alternativa ausgeübt werden durch Annahme der ihm vom Schuldner angebotenen Ersatzleistung. Dadurch erlischt der ursprüngliche Anspruch, an seine Stelle tritt derjenige auf die angenommene Leistung, der aber in demselben Augenblick erlischt. Ebenso wird durch Annahme eines Teiles der nicht geschuldeten Leistung der Ausübungswille erklärt, ferner durch Klageerhebung. Das in dieser liegende Begehren der Ersatzleistung bleibt auch dann wirksam, wenn die Klage zurückgenommen wird [1]).

---

[1]) Durch die Zurücknahme der Klage werden zwar die prozessualen wie die materiell-rechtlichen Wirkungen der Klageerhebung beseitigt nach § 271 Abs. 1, S. 3 ZPO., aber die in der Klageerhebung liegende Ausübung der facultas ist keine Wirkung der Rechtshängigkeit. Sie hat mit der Rechtshängigkeit als solcher nichts zu tun, sondern sie ist gleich jeder andern aussergerichtlichen Ausübung der facultas. Dieser Fall ist daher nicht zu beurteilen nach den Prozessvorschriften, sondern nach den materiell-rechtlichen. (Ebenso Fischer-Henle zu § 263 BGB.). (Das über die Wahlerklärung Gesagte muss auch für die Ausübung der facultas gelten.)

Eine bedingte Ausübung der facultas ist regelmäßig unzulässig, denn die Hinzufügung einer Bedingung würde dem Zwecke der Erklärung, endgültige Gewißheit dem Schuldner zu verschaffen, widersprechen. Zwar ist bei der Schuld mit facultas alternativa die zu bewirkende Leistung von Anfang an bestimmt, da ja nur ein Anspruch besteht, aber dadurch, daß der Gläubiger jederzeit die Möglichkeit hat, an Stelle dieser eine andere Leistung zu verlangen, so besteht insofern für den Schuldner eine gewisse Unbestimmtheit. Diese wird erst beseitigt, sobald der Gläubiger seine facultas alternativa ausübt. Von diesem Zeitpunkt an hat der Schuldner die Gewißheit, nur noch die verlangte Leistung erbringen zu müssen. Ein ius variandi steht ja dem Gläubiger dann nicht mehr zu. Erfolgt aber die Ausübung unter einer Bedingung, dann wird der Schuldner sogar noch schlechter gestellt als vorher, denn nun ist die Obligation während der Schwebe der Bedingung überhaupt nicht mehr erfüllbar. Der Schuldner muß sich gedulden bis zur Entscheidung und bis dahin stets beide Leistungen bereit halten, während er vor der bedingten Ausübung zwar auch beide Leistungen bereit halten mußte, aber doch wenigstens die Möglichkeit hatte, seine Verpflichtung durch Bewirkung der geschuldeten Leistung zum Erlöschen zu bringen. Seine Lage gestaltet sich also durch eine bedingte Ausübung bedeutend schlechter. Und diese Folge würde eintreten lediglich auf das einseitige Machtwort des Berechtigten hin. Dazu kommt, daß das BGB. grundsätzlich bei den einseitigen Rechtsgestaltungsgeschäften, wie Kündigung, Rücktrittserklärung, Aufrechnung, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft usw. eine Bedingung nicht zuläßt. Demgemäß kann dem Gläubiger bei der facultas alternativa nicht die Befugnis zu einer bedingten Erklärung eingeräumt werden (vgl. Enneccerus I S. 456), wenn dadurch eine Ungewiß-

heit des Schuldners herbeigeführt wird. Ist dies nicht der Fall, dann ist gegen die Hinzufügung einer Bedingung nichts einzuwenden. Daher ist eine sog. uneigentliche Bedingung zulässig, wie die condicio in praesens vel in praeteritum collata, doch auch diese nur dann, wenn der Eintritt dem Schuldner zur Erkenntnis kommt oder gekommen ist. Ebenso sind solche eigentliche Bedingungen zulässig, durch die eine wahre Ungewißheit des Schuldners nicht entsteht; also z. B. wenn der Eintritt oder Ausfall der Bedingung von dem Willen oder Können[1]) des Schuldners abhängt. Eine Erklärung, die dahin lautet, daß er die andere Leistung wähle, wenn er die Hauptleistung nicht binnen einer bestimmten Frist erhalte (vgl. §§ 250, 283 BGB.), ist nach dem Gesagten statthaft. In allen diesen Fällen weiß der andere sofort, ob die Bedingung eintreten wird oder nicht, und kann hiernach sein Verhalten einrichten. Zulässig sind hiernach condiciones in praesens vel in praeteritum collatae, deren Eintritt oder Ausfall dem Schuldner bekannt wird, und Potestativ-Bedingungen[2]). (Ebenso Eck-Leonhard S. 172, Anm. 1. Oertmann zu § 564. Litten S. 152 ff., „der allerdings allgemein dann eine Leistung zulassen will, wenn durch die Hinzufügung einer Bedingung die Lage des Schuldners nicht schlechter wird, als sie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ist.“ Diese Fassung dürfte jedoch zu weit sein. Gegen jede Bedingung Planck zu § 263, Anm. 1, Gernsheim S. 118 ff.,

---

[1]) Ob er eine Leistung bewirken kann, muss der Schuldner beurteilen können. Soweit muss er seine Verhältnisse überblicken können, sodass auch in diesem Falle eine Ungewissheit nicht entsteht.

[2]) Die Äusserungen der hier angeführten Schriftsteller beziehen sich zwar nur auf die Wahlschuld. Jedoch müssen die gleichen Grundsätze für die facultas alternativa des Gläubigers gelten.

Bruck a. a. O. S. 132. Im wesentlichen übereinstimmend Enneccerus I, S. 457.)

Ebenso sind m. E. Befristungen als zulässig zu erachten, da durch diese eine Unsicherheit nicht herbeigeführt wird. Die Bestimmung eines Anfangtermins hat vielmehr in der Regel die Bedeutung, daß der Anspruch auf diese sofort entsteht und nur dessen Geltendmachung hinausgeschoben wird. Dann gilt aber der Satz: diei adiectio pro reo est (§ 271 Abs. 2). Die Hinzufügung einer Frist ist demnach nur vorteilhaft für den Schuldner. (Pescatore S. 203 hält die Fristbestimmung für unbeachtlich.)

Gegen eine Fristsetzung ist Enneccerus I S. 612, Anm. 15, der aber dadurch wohl in Widerspruch mit seiner im § 186 gegebenen Definition einer betagten Forderung als einer gegenwärtigen schon existenten Forderung auf Zahlung bei Eintritt der Fälligkeit gerät.

Gernsheim a. a. O. S. 122 behauptet, daß durch Hinzufügung der Bedingung „wenn die Hauptleistung innerhalb einer bestimmten Frist nicht erfolge", der Gläubiger die Gefahr, die bei der Schuld mit facultas alternativa stets ihn treffe, immer auf den Schuldner abwälzen könne. Denn da die Ersetzung des Hauptanspruchs erst mit dem Eintritte der Bedingung eintrete, so bleibe bis dahin der Anspruch auf die geschuldete bestehen, neben ihm aber bestände gleichzeitig schon ein bedingter auf die Ersatzleistung. Dieser würde zum unbedingten, wenn die Hauptleistung nicht erfolge, also auch bei kasueller Unmöglichkeit derselben.

Diese Ansicht ist jedoch m. E. unzutreffend. Zuzugeben ist zwar, daß es sich hier um einen bedingten Anspruch handelt, aber nicht im Sinne Gernsheims, der offenbar annimmt, daß der Anspruch schon existiert, nur in seiner Wirksamkeit bedingt sei, sondern dieser Anspruch ist ein künftiger, der erst existent wird mit Eintritt der Bedingung. Es ist lediglich die Möglichkeit

vorhanden für die Entstehung des Anspruchs auf die Ersatzleistung. Ein solcher Anspruch kann nämlich nur entstehen durch eine vollwirksame Erklärung des Berechtigten. Ist diese Erklärung infolge einer schwebenden Bedingung noch nicht voll wirksam geworden, dann ist ein Anspruch noch gar nicht entstanden. Dieser möglicherweise entstehende Anspruch hat aber außerdem noch zur Voraussetzung, daß der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung, an dessen Stelle er doch treten soll, bei Eintritt der Bedingung noch besteht. Ist dieser infolge kasueller Unmöglichkeit erloschen, dann ist eine Substitution ausgeschlossen. Der Eintritt der Bedingung ist dann rechtlich bedeutungslos. Mit Eintritt der Unmöglichkeit der Prinzipalleistung wird der Schuldner frei und trägt somit auch bei bedingter Erklärung nicht die Gefahr.

Die Wahlschuld.

Die Wahl bei der Wahlschuld ist dazu bestimmt, die bestehende Leistungsungewißheit, die doch nicht dauernd anhalten kann, zu beseitigen, sie soll die obligatio alternativa in eine obligatio simplex umwandeln. Die Macht zu einer solchen Umwandlung ist das Wahlrecht[1]). Dieses kann sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger zustehen.

[1]) Dass eine Wahlpflicht bestehe, wie Litten S. 126, Chamitzer S. 17, annehmen, und zwar deshalb, weil die Wahl nicht bloss im Interesse des Wahlberechtigten, sondern auch im Interesse des Gegners liege, kann nicht zugegeben werden. Das BGB. selbst spricht nur von Wahlrecht. Ferner betonen die Mot. II S. 8: „Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen, bestehe nicht.“ Sodann aber müsste doch einer Verpflichtung zur Wahl ein Anspruch auf Vornahme derselben entsprechen. Dies ist jedoch nach dem Gesetze nicht der Fall. Vielmehr knüpft dieses in § 264 als einzige Folge an die Nichtausübung des Wahlrechts, wenn es dem Gläubiger zusteht, dessen Übergang auf den Schuldner, wenn es dem Schuldner zusteht, nicht einmal dessen Verlust, sondern nur dessen Beschränkung in der Vollstreckungsinstanz.

Steht es einem Dritten zu, dann greift § 319 Abs. 2 Platz, denn der Dritte wird ebenso wie der Gläubiger oder Schuldner die Wahl nach freiem Belieben ausüben sollen. Ein billiges Ermessen dürfte bei der Wahlschuld überhaupt selten in Frage kommen, denn die beiden Leistungen werden in der Regel gleichwertig sein, da sonst der Schuldner sich nicht alternativ zu ihrer Leistung verpflichtet hätte. Hiernach ist das Schuldverhältnis als durch die Wahl des Dritten bedingt anzusehen. Eine gleiche Bestimmung hatte schon der E. I. im § 212 getroffen. Diese wurde aber später mit Rücksicht auf § 317/19 BGB. wieder gestrichen. (So Fischer-Henle Anm. 4 zu § 262; Schollmeyer zu § 262; Engelmann S. 163; a. R. Staudinger Vorbem. zu § 262; Enneccerus I S. 611.)

Im Zweifel steht das Wahlrecht nach § 262 dem Schuldner zu, d. h. wenn durch Vertrag oder Gesetz nichts anderes bestimmt ist, sei es ausdrücklich oder stillschweigend [1]). (So Schollmeyer zu 264; Enneccerus I S. 610; ebenso Pescatore, der eine Wahlpflicht gleichfalls verneint, aber einen tiefgreifenden Unterschied macht zwischen Gläubiger- und Schuldnerwahlrecht, wofür das Gesetz jedoch keinen Anhalt bietet.)

Hat der nichtwahlberechtigte Gläubiger ein besonderes Interesse an der Erklärung der Wahl, dann muss er sich diese beim Vertragsschluss besonders ausbedingen; für den nicht wahlberechtigten Schuldner wird dies wohl kaum nötig sein, da das Gesetz ihm in § 264 Abs. 2 eine Handhabe gibt, das Wahlrecht zu erlangen.

[1]) Der § 262 enthält also nicht bloss eine Auslegungsregel, wie Planck, Staudinger, Oertmann zu § 262 bemerken, denn als solche wäre § 262 nur dann anwendbar, wenn über diesen Punkt die Parteien etwas bestimmt hätten, aber diese Bestimmungen so unklar gehalten wären, dass man einen bestimmten Willen daraus nicht entnehmen könnte. § 262 findet vielmehr auch dann Anwendung, wenn kein Anhaltspunkt über die Wahl gegeben ist. Sie ergänzt also auch die Lücken des Parteiwillens, hat daher dispositiven Charakter. (Ebenso Enneccerus I S. 610 A. 10, Stammler S. 76, Pescatore S. 165, Litten S. 132.)

Die Vorschrift des § 262 ist auch bei gegenseitigen Verträgen anzuwenden, bei denen die von beiden Seiten zu bewirkenden Leistungen alternativ bestimmt sind. Hier steht jedem der Kontrahenten die Wahl bezüglich seiner Verpflichtung zu. Ebenso findet § 262 Anwendung bei denjenigen gegenseitigen Verträgen, bei denen die alternativ bestimmten Leistungen in Wechselbeziehung zu einander stehen, z. B. Kauf eines Schimmels zu 1000 Mark oder eines Rappens zu 900 Mark, denn das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen einseitigen und gegenseitigen Verträgen, sondern spricht schlechthin von Wahlschuld. Jeder der Kontrahenten ist Schuldner einer alternativen Leistungspflicht, auf ihn findet somit § 262 Anwendung. Daß er dabei zugleich Gläubiger ist, ist völlig belanglos. Will einer in diesem Falle sein Forderungsrecht geltend machen, so muß er den Gegner als Schuldner behandeln und ihm die Wahl überlassen, es sei denn, daß ein anderer Wille der Parteien ersichtlich ist, z. B. wird beim Kauf der Käufer regelmäßig die Wahl haben. (So Enneccerus I, S. 611 Anm. 4; Pescatore S. 167; Fischer-Henle zu 262; Chamitzer S. 13; a. M. Planck zu 262; Cosack I S. 310.)

Die Wahl selbst erfolgt gemäß § 263[2], durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. (Ebenso Enneccerus I S. 610 Anm. 10; Stammler S. 76; Pescatore S. 165; Litten S. 132.) Sie ist also eine einseitige empfangsbedürftige[1]) Willenserklärung; nicht notwendig eine ausdrückliche; sie kann ebenso durch

---

[1]) § 263 enthält ius dispositionum. Es können die Parteien auch etwas Abweichendes vereinbaren, auch stillschweigend, so z. B. wenn in dem von Pescatore S. 182/83 ausgeführten der Mittagsgast das Recht hat, sich von den auf der Tafel stehenden Likören ein Glas einzuschenken. Das der Gast dies dem Kellner vorher erst nicht zu erklären hat, ist wohl selbstverständlich. Die ironische Kritik Pescatores, die er an dieser Stelle am Gesetze übt, erübrigt sich daher vollständig. Ebenso Oertmann zu § 263.

konkludente Handlungen erfolgen. Der wahlberechtigte Schuldner kann seine Wahl durch Bewirkung einer der Leistungen erklären, oder durch Beibringung einer Teilleistung [1]), vorausgesetzt, daß er sich seines Wahlrechts bewußt ist. (Der Entwurf I hatte die Fälle der Wahl durch Leistung und Teilleistung in § 208 Abs. 2 besonders hervorgehoben; diese Bestimmung wurde aber später mit Rücksicht auf die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen wieder gestrichen.) Das gleiche gilt für den wahlberechtigten Gläubiger. Dieser kann seinen Willen zu erkennen geben durch Annahme der ihm angebotenen Leistung, Teilleistung wie durch gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs.

Bezüglich der Hinzufügung einer Bedingung gilt das oben zur Ausübung der facultas alternativa des Gläubigers Gesagte, denn wie diese ist auch die Wahlerklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das der Inhalt des bestehenden Schuldverhältnisses unmittelbar verändert wird.

Durch die Wahlerklärung wird die Wahlschuld auf die gewählte Leistung beschränkt, und zwar mit rückwirkender Kraft, d. h. die gewählte Leistung gilt als von Anfang an allein geschuldet. Die nichtgewählten scheiden aus, als seien sie niemals Schuldobjekt gewesen. Dies besagt § 263 Abs. 2. Eine inzwischen verübte Verschlechterung, überhaupt jegliches Verschulden be-

[1]) Doch wird man mit Kipp II S. 36, 5a annehmen müssen, dass die Wahlerklärung des Schuldners durch die Annahme des Gläubigers bedingt ist, denn in der Handlung des Schuldners, nämlich dem Angebot der Teilleistung, liegen zugleich zwei Rechtsgeschäfte, eine Wahlerklärung und eine Leistung. Wird nun die Leistung vom Gläubiger zurückgewiesen, wozu er nach § 266 berechtigt ist, so ist ein Teil des Rechtsgeschäfts, nämlich die Leistung, nichtig; infolgedessen ist auch die darin liegende Wahlerklärung nichtig, da Leistung und Wahlerklärung in ihrer Gesamtheit gewollt sind (§ 139). Ebenso Enneccerus I S. 612, Anm. 12 Fischer-Henle zu § 263 Anm. 5.

züglich der nichtgewählten Leistung ist völlig bedeutungslos (vgl. Windscheid-Kipp Zusätze zu § 255)[1]. Aus dieser konzentrierenden Wirkung der Wahl folgt auch die Unwiderruflichkeit der einmal erfolgten Wahlerklärung. Ein ius variandi existiert nicht mehr, denn einseitig kann der Wahlberechtigte den nunmehr bestehenden Schuldinhalt nicht mehr ändern (arg. § 305)[2].

---

[1]) Allerdings bedurfte es für den Ausschluss der Haftung nicht erst der vom Gesetz ausgesprochenen Rückwirkung der Wahl. Denn wenn die nichtgewählte Leistung nach der Wahl nicht mehr vom Gläubiger verlangt werden kann, dann ist jedes Verschulden ohne weiteres bedeutungslos, selbst wenn es vor der Wahl begangen war.

[2]) Damit hat das BGB. die Streitfrage des gemeinen Rechts gelöst, und zwar zugunsten der von Jhering vertretenen Ansicht. Nach der einen von Windscheid II § 255, Vangerow III § 569, Pescatore: Altern. Obligation S. 179, vertretenen, war in der einseitigen Erklärung eine Ausübung der Wahl nicht zu erblicken. Sie gibt daher dem Wahlberechtigten das ius variandi. Der Schuldner konnte also noch nachträglich von seiner Entscheidung abgehen bis zu dem Zeitpunkt, in dem er eine Leistung vollständig bewirkt hatte. Eine Teilleistung band ihn ebensowenig wie eine Erklärung. Er konnte das Geleistete kondizieren und die andere Leistung beibringen (vgl. Windscheid § 255 Anm. 7). Es wird das Schuldverhältnis als ein „nicht durch blosse Wahlerklärung zu veränderndes, sondern durch eine der vorgeschriebenen Leistungen zu erfüllendes Schuldverhältnis“ betrachtet (Enneccerus I S. 610). Man stützte sich hierbei auf die Quellen D 45, 1 l. 138 § 1 und l. 106. In denjenigen Fällen aber, in denen das Wahlrecht ausdrücklich einer Partei eingeräumt war, gab es kein ius variandi (vgl. D de leg. I, l. §§ 84, 9). Für das Gläubigerwahlrecht zog man D 45, 1 l. 112 heran und liess den Wortlaut entscheiden. Bei der Fassung „quem volam“ gab es ein ius variandi, bei „quem voluero“ dagegen nicht. Die andere Ansicht, insbesondere von Jhering (Jherings Jahrb. I S. 31) vertreten betonte demgegenüber, dass diese Grundsätze im römischen Recht auf Stipulation und Legate Anwendung fänden, heute dagegen nicht mehr anwendbar seien. Für das gemeine Recht sei vielmehr als Regel anzunehmen, dass durch die Wahlerklärung die Unbestimmtheit definitiv beseitigt werde, ein ius variandi also nicht mehr bestehe.

Im Entwurf I § 309 S. 1 war dies ausdrücklich bestimmt: „Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich." Dieser Satz wurde aber, weil selbstverständlich, wieder beseitigt.

Diese Regelung kann bisweilen zu unbilligen Härten führen für den nicht wahlberechtigten Gläubiger, insbesondere dann, wenn dieser sich durch die Alternativobligation gegen die Gefahr des Untergangs sichern will (vgl. Leonhard S. 27 ff.), denn der Schuldner, dem das Wahlrecht zusteht, hat es stets in der Macht, die Gefahr durch einseitige Erklärung von sich abzuwälzen. Allerdings wird dadurch der Gläubiger wohl kaum bei gegenseitigen Verträgen geschädigt werden, da er bei Unmöglichkeit der gewählten Leistung nach § 323 von seiner Verpflichtung frei wird. Weit eher ist dies denkbar bei einseitigen Verträgen. Dem Gläubiger bleibt nichts anderes übrig, als sich hiergegen durch eine entsprechende Vertragsbestimmung zu schützen. Unterläßt er dies, dann hat er eben die Folgen seines Vertragsschlusses zu tragen [1]).

Die Wahlerklärung jedoch so stark zu betonen, daß die Wahlschuld ohne diese überhaupt nicht erfüllbar ist (so insbesondere Litten S. 122, 164), ist unrichtig. Litten behauptet: „Solange die Wahlschuld Wahlschuld ist, ist sie gar nicht tilgungsfähig," und folgert daraus: „Wenn die Leistung an einen Dritten, nicht an den Gläubiger selbst, bewirkt worden ist, dann ist zwar geleistet worden, aber ohne Ausübung des Wahlrechts.

---

[1]) F. Leonhard will allgemein bei bedingten und befristeten Verpflichtungen dem Gläubiger das Recht geben, eine Wahlerklärung seitens des Schuldners zurückzuweisen. Aus dem Gesetz lässt sich jedoch m. E. eine derartige Beschränkung des Wahlrechts nicht herleiten. Vielmehr geht aus der kurzen und bestimmten Fassung des § 263 Abs. 1 hervor, dass das Gesetz in jedem Falle eine einseitige Wahlerklärung zulässt. Die Unzulässigkeit einer solchen wird sich gewiss häufig aus dem Parteiwillen herleiten lassen. Bietet der Vertrag keinen Anhalt hierfür, dann ist eine Zurückweisung unzulässig.

Die Wahl mußte dem Gläubiger gegenüber erklärt werden. Mithin ist die Unbestimmtheit noch nicht behoben, und der Schuldner kann die Leistung kondizieren.“ Hat der Schuldner Kenntnis seines Wahlrechts vorausgesetzt, eine der alternativ geschuldeten Leistungen vollzogen, dann hat er getan, wozu er nach der Obligation verpflichtet war, er hat also seine Schuld getilgt. Das Gesetz behandelt in § 263 ausschließlich die Konzentration durch Wahlerklärung, von der Erfüllung ist nichts gesagt, ohne daß dadurch eine Wahl durch Erfüllung ausgeschlossen wäre. Deren Erfordernisse sind vielmehr die gleichen wie bei jeder anderen Schuld, nämlich die Bewirkung der geschuldeten Leistung. Und das tut doch der Schuldner, den eine alternative Leistungspflicht trifft, wenn er eine der alternativen Schuldgegenstände an den Dritten leistet. Es ist nicht der Zweck einer Wahlschuld, den Gläubiger mit Wahlerklärungen zu behelligen, wie Pescatore sagt. Mit der Leistung ist die Schuld erloschen und damit auch jede Unbestimmtheit behoben. (Ebenso Staudinger, Vorbem. zu § 262, Pescatore S. 179, Enneccerus I S. 611, Crome II, 1 S. 92.)

Unterschied.

Bei der facultas alternativa des Schuldners ist nach dem Gesagten die Form der Ausübung beschränkt auf den realen Vollzug der Befreiungsleistung. Eine Teilleistung oder bloße Erklärung ist wirkungslos. Bei der facultas alternativa des Gläubigers ist das Verlangen der geschuldeten Leistung ebenfalls belanglos. Dagegen das Begehren der Ersatzleistung für den Gläubiger bindend, ebenso wie bei der Wahlschuld die Wahl. In dieser Beziehung stimmen also facultas alternativa des Gläubigers und Wahlschuld überein. Beide sind für den Erklärenden unwiderruflich.

Einflüsse auf die Ausübung der facultas alternativa, bzw. des Wahlrechts.

Irrtum.

Facultas alternativa des Schuldners.

Auf die Ausübung der facultas alternativa wie des Wahlrechts finden, wie schon hervorgehoben, die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung. Die Ausübung hat nur dann volle Wirksamkeit, wenn der Ausübende sich seiner Befugnis bewußt ist. Fehlt ihm dieses Bewußtsein, dann kann eine vollwirksame Erklärung nicht vorliegen. Bei der facultas alternativa des Schuldners ist die Erklärung, die Befreiungsleistung beibringen zu wollen, bedeutungslos, infolgedessen auch ein Irrtum bei ihrer Abgabe irrelevant. Leistet der Schuldner in Unkenntnis seiner Befugnis, dann ist zu unterscheiden, welche Leistung er vollzogen hat. Leistet er das Geschuldete, dann kann er dieses nicht mehr zurückfordern, da er ein debitum geleistet hat, der Gläubiger ohne rechtlichen Grund also nicht bereichert ist. Er hat auf eine Forderung geleistet, die den gleichen[1]) Inhalt hatte, wie er annahm. Sein Irrtum bezieht sich also nicht auf das Bestehen der Forderung. Daß er von seiner Befugnis bei der Erfüllung nichts wußte, ist ohne Einfluß auf die Tilgung der Schuld. Kipp will in diesem Falle eine condictio zulassen und zwar nach § 813, weil die facultas alternativa ipso iuro wirke. (Ebenso Langheineken S. 213, Pescatore S. 284, Chamitzer S. 68,

[1]) Wenn Kipp II S. 36 behauptet, das bestehende Forderungsrecht habe einen andern Inhalt, als er irrtümlich annahm, so ist dies mit dem Begriffe der Schuld mit facultas alternativa unvereinbar; denn der Inhalt der Obligation wird durch die Hinzufügung einer facultas in keiner Weise verändert, da die Befreiungsleistung völlig ausserhalb der Obligation bleibt, und im obigen Falle war sich der Schuldner bewusst, diese Leistung zu schulden. Das Forderungsrecht hatte also denselben Inhalt, wie er annahm.

Anm. 2, Enneccerus I S. 616, Planck zu § 813, Anm. 2b a. A. Kipp II S. 36, 4b.) Von einer solchen Wirkung kann jedoch m. E. keine Rede sein; sondern der Schuldner hat nur eine Einrede und diese auch nur dann, wenn er die Befreiungsleistung anbietet, und zwar realiter. Unterläßt er dies, gleichgültig aus welchem Grunde, dann ist der Gläubiger nicht gehindert, an der Durchführung seines Rechts. Eine condictio aus § 813 ist demnach unbegründet (§ 813 bestimmt übrigens die condictio nur für den Fall, daß der Anspruch durch die Einrede dauernd entkräftet wird, sodaß der Anspruch in Wirklichkeit einer Nichtschuld gleichsteht. Durch die facultas alternativa wird aber eine derartige Einrede nicht begründet).

Vollzieht er dagegen die nur in solutione stehende Leistung in der Annahme, diese zu schulden, dann kann er sie ohne weiteres zurückverlangen, vorausgesetzt, daß der andere Teil den Irrtum erkannt hat. Denn dann liegt in dem Vollzuge der Leistung keine Ausübungserklärung; das Forderungsrecht des Gläubigers besteht weiter fort. Er ist demgemäß um die empfangene Leistung ungerechtfertigt bereichert.

Ist aber dem Gläubiger der Irrtum des Schuldners unbekannt, dann stimmen Wille und Erklärung nicht überein, denn er will das Geschuldete leisten, erklärt aber, die Befreiungsleistung beizubringen. Er kann daher nach § 119 Abs. 1 BGB. diese Erklärung anfechten, wenn er sie bei verständiger Würdigung des Falles und in Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Er kann darauf die vollzogene Leistung kondizieren, er kann sich aber auch noch nachträglich für die Befreiungsleistung entscheiden, da durch die Anfechtung sämtliche Wirkungen der Ausübung der facultas alternativa beseitigt werden.

Den Schaden, den der Gläubiger infolge des Irrtums des Schuldners erleidet durch die Auswechslung der

Leistungen, hat dieser nach § 122 BGB. zu ersetzen. (Ebenso Gernsheim S. 93.)

Hat der Schuldner beide Leistungen in der Annahme, beide zu schulden, bewirkt, dann steht ihm bezüglich der Befreiungsleistung die condictio indebiti zu. Es muß ihm aber auch das Recht eingeräumt werden, beide Leistungen alternativ zu kondizieren; die Wahl steht hierbei dem Gläubiger zu, da dieser nicht gezwungen werden kann, das debitum zurückzuerstatten. Jede der Leistungen war nämlich für sich geeignet, die Schuld zu tilgen; man kann daher sowohl von der Befreiungs- wie von der geschuldeten Leistung sagen, daß sie die Schuld getilgt habe. Der Schuldner hat demnach bei irrtümlicher Bewirkung beider Leistungen die condictio indebiti auf die Befreiungsleistung und eine alternative condictio auf beide Leistungen nach Wahl des Gläubigers, beide Klagen in elektiver Konkurrenz.

In allen den genannten Fällen hat der Gläubiger bis zur Beibringung der andern Leistung ein Zurückbehaltungsrecht an dem schon Geleisteten gemäß § 273 BGB. (vgl. S. 39, Anm. 3).

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Am einfachsten liegt die Sache in dem Falle, wo der Gläubiger in Unkenntnis seiner facultas die Hauptleistung fordert, denn dann ist er, wie oben dargelegt, an seine Erklärung nicht gebunden. Er kann daher ohne weiteres die Ersatzleistung verlangen, eine Anfechtung erübrigt sich.

Verlangt er aber die Ersatzleistung in der Annahme, diese sei die geschuldete, dann ist, wenn der andere den Irrtum kannte, eine Ausübung der facultas überhaupt nicht erfolgt. Der Gläubiger hat nach wie vor seinen ursprünglichen Anspruch und die Möglichkeit, an dessen Stelle den sekundären zu setzen.

Kennt dagegen der Schuldner den Irrtum nicht, dann stimmen Wille und Erklärung nicht überein. Der Gläubiger kann daher nach § 119 BGB. anfechten, ist aber dem Schuldner zum Ersatz des negativen Interesses nach § 122 verpflichtet. Da die Anfechtung nach § 142 rückwirkende Kraft hat, so steht dem Gläubiger nach der Anfechtung neben dem Anspruch auf die Prinzipalleistung auch noch die facultas alternativa zu.

Hat der Gläubiger in Unkenntnis seiner facultas alternativa die geschuldete Leistung angenommen, dann ist der Zweck der Obligation erreicht, sie ist durch die Befriedigung erloschen. Ein ius variandi ist somit ausgeschlossen. (Ebenso Enneccerus I S. 616, Anm. 3, Langheineken S. 213, a. M. Kipp, Zusätze II, S. 36, 4c: „Der Gläubiger hat grundsätzlich das Recht, die Ersatzleistung zu fordern.")

Hat der Gläubiger irrtümlich die Ersatzleistung als die geschuldete angenommen und war der Irrtum dem Leistenden bekannt, so liegt in der Annahme keine Ausübung der facultas. Der Gläubiger kann noch die Prinzipalleistung unter Rückgewährung des Empfangenen verlangen. Ist dem Schuldner aber der Irrtum unbekannt geblieben, dann besteht zunächst eine gültige Ausübungserklärung, die aber der Anfechtung nach § 119 unterliegt.

Das gleiche gilt hinsichtlich der Ausübung der facultas durch Annahme einer Teilleistung.

Ebenso steht auch hier, wie bei der facultas alternativa des Schuldners, dem Schuldner ein Rückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Herausgabe der Bereicherung und evtl. Ersatz des negativen Interesses zu.

Hat der Gläubiger versehentlich beide Leistungen empfangen, dann hat er eine derselben zurückzuerstatten. Die Entscheidung darüber, welche er behält, steht ihm zu; denn bis dahin hat er von seiner facultas

alternativa noch keinen Gebrauch gemacht. Diese ist mithin noch nicht konsumiert.

Wahlschuld.

Erklärt der Wahlberechtigte in Unkenntnis seines Rechts eine Leistung bewirken zu wollen bzw. zu verlangen, dann ist wie oben, zu unterscheiden, ob der Erklärungsempfänger den Irrtum kannte oder nicht. Im ersten Falle ist eine Wahl nicht erfolgt. Der Wahlberechtigte kann also immer noch wählen. Blieb dem andern der Irrtum verborgen, so kann der Erklärende nach § 119 anfechten und darauf seine Wahl treffen.

Hat der Schuldner aber bereits irrtümlich geleistet, dann hat er auf Grund einer ganz anderen Obligation geleistet, als er annahm. Denn er wollte eine obligatio simplex erfüllen, während eine obligatio alternativa bestand. Die Wahlschuld ist noch nicht getilgt, die in der Leistung liegende Wahlerklärung ist als solche nicht anzusehen. Sie ist nichtig, wenn der andere den Irrtum bemerkt hat. Der Schuldner hat in diesem Falle einen Kondiktionsanspruch nach § 812 mit verstärkter Haftung aus § 819. (Ebenso Staudinger zu § 263 Anm. 6; Enneccerus I S. 612.) Hat der Gläubiger dagegen den Irrtum nicht bemerkt, dann bedarf es erst der Anfechtung, durch die der Schuldner die Möglichkeit der Wahl wieder erlangt[1])[2]). (Ebenso Enneccerus I S. 612; Leonhard S. 5; Litten S. 141; Staudinger zu 263; Kipp II S. 35.)

---

[1]) Erlangt der Irrende von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis und ficht er trotzdem nicht an, dann wird man dies als eine Bestätigung der anfechtbaren Erklärung anzusehen haben, wodurch eine spätere Anfechtung ausgeschlossen wird (§ 144).

[2]) Die Bedenken, die Pescatore S. 183 ff. geltend macht, sind m. E. für die meisten Fälle unbegründet. Denn da der Empfänger nur, soweit er bereichert ist, zur Herausgabe verpflichtet ist (§ 818 Abs. 3), so wird der Schuldner in der Regel wegen der eingetretenen Minderung des Objekts die condictio unterlassen. Ausserdem ist

Hat der Schuldner irrtümlich beide Leistungen bewirkt, dann kann er ohne weiteres eine der beiden herausverlangen, da der Gläubiger um eine derselben bereichert ist. Den Gläubiger trifft hier eine alternative Erstattungspflicht, die Wahl hat der Schuldner, da sein Wahlrecht noch nicht erschöpft ist. Verlangt er eine Leistung zurück, so ist darin eine Wahl zu erblicken. (Ebenso Fischer-Henle zu § 362 Anm. 1).

Befindet sich der Gläubiger bei Annahme der ihm angebotenen Leistung in Unkenntnis seines Wahlrechts, so sind die obigen Sätze analog anzuwenden. Ist der Schuldner bei der Leistung bösgläubig, dann hat er dem andern den Schaden zu ersetzen, den dieser erleidet durch die Auswechslung der Leistungen, da ihm ein Verschulden zur Last fällt (§ 276). Denn es war seine Pflicht, dem Gläubiger beim Leistungsangebot auf sein Wahlrecht aufmerksam zu machen, § 242 BGB. (Ebenso Windscheid-Kipp II S. 34.)

Unterschied.

Aus dem über den Einfluß des Irrtums Gesagten ergeben sich folgende Unterschiede:

Bei der Schuld mit facultas alternativa des Schuldners ist eine irrtümliche Erklärung belanglos, ebenso bei der facultas alternativa des Gläubigers das irrtümliche Verlangen der geschuldeten Leistung. Anders dagegen das Begehren der Ersatzleistung. Hier liegt, wenn der Schuldner den Irrtum kennt, eine Ausübung der facultas alternativa seitens des Gläubigers überhaupt nicht vor,

---

eine Anfechtung nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 119 gegeben sind. Dies wird aber vielfach nicht der Fall sein. Ferner hilft hier in der Regel die Anwendung von § 226. Schliesslich hat der andere ausserdem noch Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Es kann daher nicht im geringsten davon die Rede sein, dass die Interessen des andern Teiles dem Wahlrecht zuliebe „mit Füssen getreten werden".

anderenfalls eine zunächst wirksame, aber der Anfechtung unterliegende Ausübung. Genau ebenso verhält es sich bei der Wahlerklärung. Auch sie ist entweder als nicht erfolgt anzusehen oder aber anfechtbar. In dieser Beziehung besteht also zwischen facultus alternativa des Gläubigers und der Wahlschuld kein Unterschied, wohl aber in den Fällen, wo die Ausübung der facultas alternativa bzw. des Wahlrechts durch die Leistung erfolgt. Die Wahlschuld erlischt nicht, sobald eine Leistung bewirkt bzw. angenommen wird in Unkenntnis des Wahlrechts, und zwar gilt entweder die Wahl als nicht erfolgt oder aber die Wahl ist anfechtbar, je nachdem der Erklärungsempfänger bös- oder gutgläubig war. Bei der facultas alternativa (des Gläubigers wie des Schuldners) dagegen ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, wo das Geschuldete und denjenigen, wo die Ersatzleistung vollzogen bzw. angenommen wird. In den ersteren erlischt die Obligation ohne weiteres. Unkenntnis der facultas alternativa ist belanglos. In den anderen Fällen verhält es sich genau so wie bei der Wahlschuld.

Sind beide Leistungen bewirkt worden, dann kann eine stets zurückgefordert werden. Bei der facultas alternativa hat stets der Gläubiger die Wahl darüber, welche er zurückerstatten will, bei der Wahlschuld dagegen der jeweilige Wahlberechtigte.

Verzug.

Facultas alternativa des Schuldners.

Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er die geschuldete Leistung oder die Befreiungsleistung zur Zeit der Fälligkeit auf die Mahnung des Gläubigers hin nicht bewirkt (§ 284). (Von einem Verzuge in der Ausübung der facultas alternativa zu sprechen, wie Titze a. a. O. S. 196 Anm. 1 es tut, ist nicht angängig, da den Schuldner

eine Pflicht zur Ausübung nicht trifft, sondern die Ausübung lediglich ein Recht des Schuldners ist.) Durch den Verzug wird aber seine facultas in keiner Weise berührt: er kann auch nachträglich die Befreiungsleistung beibringen. Die Verzugsfolgen richten sich hierbei nicht nach der schließlich bewirkten, sondern nach der geschuldeten Leistung. Bestand diese z. B. in Geld, während die Befreiungsleistung in einer Speziessache bestand, dann hat er in jedem Falle Verzugszinsen zu entrichten, gleich, ob er das Geld zahlt oder die Sache leistet. Eine andere Behandlung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Speziessache Schuldgegenstand würde, was aber dem Begriff der facultas alternativa widerstreitet. (Ebenso Pescatore S. 282, Anm. 4 a. A. Siber, Rechtszwang S. 65.)

Ebensowenig wie der Verzug bringt die Klageerhebung die facultas alternativa zum Erlöschen. Diese braucht nicht im Klageantrage erwähnt zu sein; es ist vielmehr Sache des Beklagten, seine Befugnis darzutun und einen entsprechenden Vorbehalt im Urteil zu erwirken. Unterläßt er dies, dann geht mit der Rechtskraft des Urteils sein Recht zur Beibringung der Befreiungsleistung unter. Ist ihm aber die facultas alternativa im Urteil vorbehalten, dann kann er solange von ihr in der Zwangsvollstreckung Gebrauch machen, als der Gläubiger die geschuldete Leistung nicht ganz oder teilweise empfangen hat. (Ebenso Langheineken S. 204; Kipp II S. 32; Pescatore S. 285.) Insofern sind die Vorschriften über Wahlschuld analog anzuwenden, da das Schuldverhältnis vor allem den Zweck hat, den Gläubiger zu befriedigen, auf diese oder jene Weise.

Die sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Bei der facultas alternativa des Gläubigers kommt dieser dadurch in Verzug, daß er die ihm realiter

angebotene geschuldete Leistung nicht annimmt, ohne die Ersatzleistung zu verlangen. Tut er dies, dann entfällt der Anspruch auf die Prinzipalleistung, deren Angebot wird somit bedeutungslos [1]). (Ebenso Langheineken S. 212; a. A. Titze S. 196 Anm. 1.)

Begehrt er aber die andere Leistung nicht, kommt er also in Annahmeverzug, so fragt es sich, welche Wirkung dieser auf die facultas alternativa ausübt.

Ungerechtfertigt ist meines Erachtens die Behauptung Gernsheims S. 152, daß mit Verzug der Gläubiger seine facultas verliere. Ein innerer zwingender Grund zu dieser Annahme liegt nicht vor, ebensowenig wird die Ansicht durch das Gesetz unterstützt. Darnach würde z. B. im Falle des § 249, wonach der Gläubiger statt Herstellung Geldersatz verlangen kann, wenn es sich um die Beschädigung einer Person oder Sache handelt, der Ersatzberechtigte, wenn der Schuldner sich zur Herstellung erboten und der Gläubiger sich hierauf nicht erklärt hat, das Recht, Geldleistung zu verlangen, einbüßen. Beachtet man hierbei, daß der Gläubiger ohne jegliches Verschulden in Verzug geraten kann, so erscheint dieses Resultat hart. Dazu kommt, daß, wenn schon bei der Wahlschuld, bei der doch die bestehende Objektspendenz einmal behoben werden muß, also eine Wahl getroffen werden muß, der Gläubiger bei Verzug seines Wahlrechts nicht ohne weiteres verlustig geht, es wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, daß ihm bei der facultas alternativa sein Recht, dessen Ausübung zur

---

[1]) Falsch ist es hier mit Titze a. a. O. den Verzug darin zu erblicken, dass der Gläubiger die ihm zustehende „Wahl“ nicht vornimmt, denn die Nichtausübung eines Rechts kann niemals einen Verzug begründen. Auch ist die Ausübung der facultas nicht erforderlich zur Erfüllung.

Von einer „Wahl“ im Sinne von § 263 kann überhaupt nicht die Rede sein, denn es fehlt hier an der Unbestimmtheit der zu vollziehenden Leistung.

Erfüllung gar nicht erforderlich ist, mit Eintritt des Annahmeverzuges entzogen wird.

Aber dauernd darf ihm natürlich dieses Recht nicht eingeräumt werden, da hierdurch die Lage des Schuldners unbillig erschwert werden würde, weil er ständig beide Leistungen in Bereitschaft halten müßte. In einer Reihe von Fällen eröffnet ihm nun allerdings der Gläubigerverzug die Möglichkeit, sich auf andere Weise als durch Erfüllung von seiner Schuld zu befreien und damit auch die facultas alternativa, die ja eine selbständige Existenz nicht führen kann, zum Erlöschen zu bringen. Handelt es sich nämlich um hinterlegungsfähige Sachen, dann kann er diese unter Verzicht auf deren Rücknahme hinterlegen (§§ 372, 376) und dadurch in gleicher Weise wie durch Leistung seine Verpflichtung tilgen (§ 378). Bei nicht zur Hinterlegung geeigneten Sachen kann er nach § 383 verfahren, und geht seine Verpflichtung auf Herausgabe eines Grundstücks, nach § 303 den Besitz aufgeben.

Dies Verfahren ist aber nur möglich, wenn zur Leistung die Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich ist; in den vielen andern Fällen, wo dies der Fall ist, muß man m. E. § 264 Abs. 2 analog anwenden. Der Schuldner kann also nach erfolglosem Realangebot dem Gläubiger eine angemessene Frist setzen, nach deren Ablauf er nur noch die geschuldete Leistung verlangen kann, wenn er sich nicht rechtzeitig erklärt. Gegen diese Analogie spricht auch nicht der Umstand, daß das Gesetz eine ähnliche Regelung nur in einem einzigen Falle von gesetzlicher facultas alternativa, nämlich in § 1347, getroffen hat; während in den anderen Fällen eine wahlschuldähnliche Regelung nicht getroffen ist. Die im § 1347 getroffene Bestimmung setzt aber Gläubigerverzug nicht voraus, sondern gibt dem Schuldner, d. i. dem schuldigen Ehegatten jederzeit das Recht zur Fristsetzung. Dieses Recht ist in diesem

Falle dem Ehegatten mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse eingeräumt worden, denn es handelt sich in dem § 1345 ff. nicht bloß um einen Anspruch, sondern um eine ganze Gruppe von solchen. Ein vollständiges Realangebot und damit ein Annahmeverzug des Gläubigers dürfte in den häufigsten Fällen ausgeschlossen sein. Daher mußte dem Schuldner durch diese besondere Bestimmung das Recht zur jederzeitigen Fristsetzung eingeräumt werden, wollte man ihn nicht einer schikanösen Behandlung seitens des andern Ehegatten aussetzen. Somit bildet diese Bestimmung kein Hindernis für die analoge Anwendung des § 264. Der Gläubiger hat sich also innerhalb einer ihm vom Schuldner gesetzten angemessenen Frist zu erklären, nur mit dem Unterschied von der Wahlschuld, daß hier der Fristsetzung ein tatsächliches Angebot vorausgegangen sein muß. Ein Verbalangebot genügt nicht. Erklärt sich der Gläubiger nicht, dann erlischt mit Ablauf der Frist seine facultas alternativa. Über die Angemessenheit vgl. unten S. 64. (Ebenso: Pescatore S. 273; Chamitzer S. 83. Titze S. 196 Anm. 2 gibt dem Schuldner ohne Realangebot schon das Recht zur Fristsetzung; wie oben ferner Siber: krit. Viertelj.-Schr. S. 545, Anm. 1. a. A. Gernsheim S. 152; Kipp II S. 32.)

Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht.

Leistet der wahlberechtigte Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit auf die Mahnung hin nicht, dann kommt er in Leistungsverzug. (Ein besonderer Wahlverzug ist nur dann denkbar, wenn die Vornahme der Wahl zum Gegenstand einer besonderen Verpflichtung gemacht war. Mangels einer besonderen Abmachung braucht er erst im Augenblick der Leistung zu wählen, denn für diese ist die Wahl notwendige Voraussetzung.) Durch den Leistungsverzug wird das Wahlrecht nicht

berührt. Übt es der Schuldner auch nach Eintritt des Verzuges nicht aus, dann bleibt dem Gläubiger, der ja nach dem Gesetze ein selbständiges Mittel, den Schuldner zur Wahl zu nötigen, nicht hat, nichts anderes übrig, als alternativ zu klagen. (Eine Klage mit bestimmtem Klageantrage ist wegen plus petitio abzuweisen.) Das Urteil ergeht ebenfalls alternativ. Bis dahin erleidet also das Wahlrecht keine Veränderung, wohl aber mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung. Erklärt sich der Schuldner bis zur Vollstreckung nicht, dann kann der Gläubiger nach seiner Wahl gemäß § 264, Abs. 1 BGB., die Zwangsvollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richten. Der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder teilweise empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien. Der Wortlaut des § 264 hat zu verschiedenen Auslegungen Anlaß gegeben: Nach der einen Ansicht geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, und dieser übt es dadurch aus, daß er die Vollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richtet, dem Schuldner bleibe nur noch die facultas alternativa sich durch die andere Leistung zu befreien. (So Stammler S. 137, Planck, 3. Aufl. zu § 264, Kipp II, § 255, Langheineken S. 200, Litten S. 173, Gernsheim S. 243 ff., Chamitzer S. 72.) Daß ein Wahlrechtsübergang stattfinde, gehe aus der Fassung des § 264 hervor: nach seiner „Wahl“; die „gewählte“ Leistung. Ohne Übergang des Wahlrechts sei auch nicht auszukommen; denn sonst würde, da der Gläubiger nach seiner Wahl die Vollstreckung betreiben könne, ein Schuldverhältnis mit Wahlrecht des Schuldners wie des Gläubigers, also mit zwei Wahlberechtigten, vorliegen, was ein „verdrehter Gedanke“ wäre.

Gegen diese Auffassung spricht zunächst ein Vergleich des Wortlauts des Abs. 1 mit dem des Abs. 2:

denn hätte das Gesetz einen Wahlrechtsübergang bestimmen wollen, dann hätte es doch sicherlich dies ausdrücklich betont, wie es in Abs. 2 geschehen ist. Auch der Passus „Wahl des Gläubigers“ spricht nicht für den Übergang des Wahlrechts. Denn da eine alternative Exekution unzulässig ist und der Schuldner seine Wahl nicht trifft, auch nicht leistet, so bleibt dem Gläubiger, will er Befriedigung erlangen, nichts anderes übrig als über den Kopf des Schuldners hinweg eine Leistung zwangsweise beizutreiben, und zwar nach seiner Wahl, d. h. nach seinem Belieben. Dies ist keine Wahl im Sinne von § 263 [2]. Sie ist weder für den Gläubiger noch für den Schuldner verbindlich. Daß sie für den letzteren nicht verbindlich ist, wird vom Gesetz selbst bestimmt, – denn er kann eine andere als die „gewählte“ Leistung vollziehen – und dann wäre es doch eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger, wollte man ihn, nicht aber auch seinen Gegner an die Erklärung binden. Dazu kommt, daß, wenn man das Wahlrecht übergehen läßt, der Schuldner in der Exekutionsinstanz weit besser gestellt ist, als er es wäre, wenn er rechtzeitig sein Wahlrecht ausgeübt hätte. Denn dann hätte die Wahl auch gegen ihn gewirkt nach § 263. Der Schuldner erhielte also für sein pflichtwidriges Verhalten obendrein noch eine „Prämie“ (Oertmann). Ein derartiger Erfolg kann doch aber keineswegs vom Gesetze gewollt sein. Daß diese hier vertretene Ansicht zu unhaltbaren Konsequenzen führe, wie Chamitzer S. 73 behauptet, ist nicht ersichtlich: Chamitzer führt aus: Der Gläubiger könnte seine Zwangsvollstreckung bald auf die eine, bald auf die andere richten, ganz nach seinem Belieben; er könnte, wenn er die eine gewählt und diese unmöglich werde, die andere eintreiben. M. E. ist diese Konsequenz nicht nur nicht unhaltbar, sondern sie entspricht sogar der Billigkeit und vor allem dem Zweck der Wahlschuld. Denn diese ist in

erster Linie darauf gerichtet, dem Gläubiger eine der geschuldeten Leistungen zu verschaffen. Erlangt er also die eine nicht, dann ist es nicht mehr wie recht und billig, daß er sich die andere Leistung zu verschaffen sucht. Außerdem ist ja der Schuldner jederzeit in der Lage, dem Vorgehen des Gläubigers, der bald die eine, bald die andere Leistung einzutreiben suche, durch Bewirkung einer der Leistungen ein Ziel zu setzen[1]). Auch die Behauptung, daß es eine Unbilligkeit wäre, wenn man den Gläubiger bei Unmöglichkeit der einen Leistung die Vollstreckung auf die andere Leistung betreiben ließe, während er doch, wenn der Schuldner seine Wahl rechtzeitig getroffen hätte, bei nachträglicher kasueller Unmöglichkeit leer ausginge, ist nicht stichhaltig; denn hat der Schuldner die Wahl pflichtwidrig unterlassen, dann hat er die Folgen seines Verschuldens zu tragen.

Es ergibt sich also als Resultat, daß weder die gesetzlichen Vorschriften noch die Billigkeit zur Annahme

---

[1]) Chamitzer S. 73 Anm. 1 meint, dass der Gläubiger selbst dann, wenn eine der Leistungen durch seine Schuld unmöglich werde, nach der obigen Ansicht auf die andere greifen könne. Auch dieses Resultat erscheint mir nicht unbillig. Denn der Schuldner hat in der Regel kein Interesse daran, eine der Leistungen zu behalten, denn dann hätte er sich doch nicht alternativ verpflichtet. Seinen Interessen wird also in der Regel damit gedient sein, dass er einen Schadenersatzanspruch nach § 823 ff. gegen den betreibenden Gläubiger erlangt. Sollte aber nachweislich der Parteiwille dahin gehen, dass der Schuldner eine Leistung behalten solle (z. B. der Sammler, der wahlweise ein Exemplar seiner Doublette verkauft hat), dann wird man ihm das Recht zubilligen müssen, durch blosse Erklärung die unmögliche Leistung zu wählen, denn diese Erklärung stellt sich dann zugleich als Erfüllung dar.

Wegen des Schadenersatzanspruchs hat er ein Rückbehaltungsrecht, das er in der Zwangsvollstreckung durch die Vollstreckungsgegenklage geltend machen kann (gemäss § 767,3 PO. vgl. Gaupp-Stein zu § 767.)

des Wahlrechtsüberganges nötigen. Vielmehr bleibt das Wahlrecht beim Schuldner, es wird nur durch den Beginn der Vollstreckung beschränkt, indem es nur noch durch Leistung ausgeübt werden kann. Denn in Exekutionsinstanz darf der Schuldner den Gläubiger nicht mehr durch bloße Worte hinhalten. Das Wahlrecht erlischt erst völlig in dem Moment, wo der Gläubiger eine der Leistungen ganz oder teilweise empfangen hat. (Auch die Einwendung Chamitzers S. 73, daß eine Wahl, die nur realiter ausübbar sei, keine Wahl im Sinne von § 263 sei, vielmehr gerade eine Eigentümlichkeit der facultas alternativa des Schuldners, ist nicht gerechtfertigt. Allerdings geht das Gesetz von der Annahme aus, daß die Wahl regelmäßig durch Erklärung erfolge, aber damit ist noch nicht gesagt, daß die Wahl durch Erklärung wesentlich ist für den Begriff der Wahlschuld. Es bleibt die Wahlschuld auch dann Wahlschuld, wenn die Wahl nur durch Leistung ausgeübt werden kann. § 263 enthält kein ius cogens, sondern dispositivum. Die Parteien können also die Vornahme der Wahl abweichend von § 263 regeln, und was den Parteien erlaubt ist, muß auch dem Gesetz gestattet sein. Dazu kommt, daß der Schuldner durch § 264 [1] ja nur eine Stellung erhält, wie sie die Regel war im früheren Recht, wo er doch nur durch Leistung wählen konnte, wie oben S. 45, A. 2 dargelegt. Auch die Einwendung Littens S. 176, daß die Fassung: „von seiner Verbindlichkeit durch eine der übrigen Leistungen befreien" geradezu typisch sei für die Statuierung einer facultas alternativa, ist unbegründet, da, wie wir unten sehen werden an der Reihe der gesetzlichen Fälle, das BGB. einen feststehenden Sprachgebrauch nicht angenommen hat[1]).

[1]) Für die obige Konstruktion spricht ausser den angeführten Gründen noch die Entstehungsgeschichte des § 264, wie Riess a. a. O. überzeugend nachgewiesen hat, insbesondere der Wechsel

(Ebenso Rieß bei Gruchot 48, S. 487, Eccius bei Gruchot 42, S. 403, Enneccerus I, S. 613, Anm. 18, insbesondere Pescatore S. 221, Staudinger zu § 264, Fischer-Henle zu § 264, Titze S. 202, Mot. II, S. 8, Engelmann S. 163, und RG. 53,[82] und RG. bei Gruchot 47, S. 916.)

Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht.

Der Gläubiger gerät in Verzug nicht erst durch das tatsächliche Angebot sämtlicher geschuldeten Leistungen, sondern schon durch die Aufforderung des Schuldners, die Entscheidung zu treffen. Denn nach § 295 genügt eine bloße Aufforderung an den Gläubiger, die zur Leistung erforderliche Handlung – und eine solche ist die Wahl – vorzunehmen zur Begründung des Annahmeverzuges (ebenso Fischer-Henle zu § 295, Enneccerus I, S. 613, Anm. 19), ausgenommen in denjenigen Fällen, wo den Schuldner eine Vorlegungspflicht (§ 809) trifft und dieser zur Vorlegung nicht bereit ist (vgl. Pescatore S. 231, Kipp II, § 255 [3].) Befindet sich der Gläubiger im Verzuge, dann ist er noch nicht seines Wahlrechts verlustig gegangen, sondern erst muß ihm eine angemessene Frist vom Schuldner bestimmt werden, innerhalb deren er seine Entscheidung zu treffen hat. Nach Ablauf dieser Frist geht er seines Wahlrechts zugunsten des Schuldners verlustig.

Bestritten ist hierbei, ob die Fristsetzung zugleich mit der Aufforderung zur Wahl verbunden werden kann. (Dafür Crome II, 1 S. 93, Cosack I, S. 110, Litten S. 187, Staudinger zu § 264, Enneccerus I, S. 613,

---

der Stellungnahme der I. Kommission zu dieser Frage. Zuerst heisst es klipp und klar: „Das Wahlrecht des Schuldners geht auf den Gläubiger über“, und dann: „der Gläubiger hat die Wahl“, und schliesslich: „das Wahlrecht wird durch die Einleitung der Zwangsvollstreckung nicht ausgeschlossen“ (Riess a. a. O. S. 497).

Anm. 20.) Aus dem Wortlaut des § 264 geht deutlich hervor, daß sich der Gläubiger schon im Verzuge befinden muß, ehe ihm eine Präklusivfrist gesetzt werden kann. Ein Verzug tritt aber doch nur dann ein, wenn der Gläubiger sich auf die Aufforderung hin nicht erklärt. Also derjenige Zeitraum, der zu dieser Erklärung erforderlich ist, muß erst verstrichen sein. Dieser wird zwar in der Regel verschwindend kurz sein, doch sind auch Fälle denkbar, wo dem Gläubiger ohne langes Überlegen eine Wahl nicht zugemutet werden kann, wie in dem von Pescatore S. 233 angeführten Falle der Wahl zwischen zwei Ausgaben des Bartolus. Dieser Zeitraum muß also erst ergebnislos vergangen sein, ehe die Nachfrist vom Schuldner gesetzt werden kann, andernfalls ist die Fristbestimmung unwirksam und führt einen Wahlrechtsübergang nicht herbei. (Übereinstimmend Planck zu § 264, Leonhard S. 4, Oertmann zu § 264, Kipp II, S. 32, Pescatore S. 234, Fischer-Henle zu § 264, Anm. 5.)

Die gestellte Frist muß angemessen sein. Wird eine zu kurze gesetzt, dann ist diese jedoch nicht unwirksam. Es beginnt eine angemessene zu laufen, denn es entspricht dem Parteiwillen, daß dem Säumigen eine angemessene Zeit zur Wahl gelassen werde, nicht aber, daß die einmal bestimmte, wenn auch zu kurze Frist innegehalten werden soll. Der Schuldner will doch nur den Bestimmungen des Gesetzes, das eine angemessene Frist fordert, genügen, um so das Wahlrecht an sich zu bringen. Trifft also der Gläubiger seine Entscheidung zwar nach Ablauf der gestellten zu kurzen, aber noch im Laufe der angemessenen Frist, dann ist diese wirksam und verhindert den Verlust des Wahlrechts. (Übereinstimmend Fischer-Henle zu § 250, Pescatore S. 230, Oertmann zu § 250, RG. 56[235], nach welchem eine Ergänzung des Parteiwillens dahin geboten sei, daß ev. eine angemessene Frist gesetzt sei, ebenso Stau-

dinger zu § 250, a. M. Enneccerus I S. 604, Planck zu § 250, Crome I, § 152.)

Unterschied.

Zwischen facultas alternativa des Schuldners und Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht besteht hinsichtlich der Wirkungen des Verzuges kein Unterschied, ebensowenig in der Hauptsache zwischen Gläubigerfacultas und Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht, ausgenommen nur in dem einen Punkte, daß bei ersterer Realangebot erforderlich ist, während bei letzterer Verbalangebot genügt, um den Gläubigerverzug herbeizuführen.

Veränderung des Rechtsverhältnisses durch Unmöglichkeit.

1. Ursprüngliche Unmöglichkeit.

Facultas alternativa des Schuldners.

Da die Schuld mit facultas alternativa nur ein einfaches Schuldverhältnis ist, so folgt daraus, daß, wenn die geschuldete Leistung objektiv unmöglich ist, der Vertrag infolgedessen nach § 306 nichtig ist, mithin auch die facultas alternativa wegen ihrer akzessorischen Natur nicht existent werden kann. Dagegen hindert bloßes Unvermögen des Schuldners zur Leistung nicht die Entstehung des Vertrages und damit der facultas alternativa.

Ist aber nur die Befreiungsleistung von Anfang an unmöglich, dann hindert dies nur die Entstehung der facultas alternativa, denn die Entstehung eines Rechtes, etwas hinzugeben, was niemals hingegeben werden kann, ist ausgeschlossen. Die Unmöglichkeit der Befreiungsleistung hindert also nicht bloß einstweilen die Entstehung der facultas, wie Pescatore S. 286 annimmt,

sondern schließt sie für immer aus, es sei denn, daß die facultas dem Schuldner eingeräumt ist für den Fall, daß die Unmöglichkeit behoben werden sollte (arg. § 308 BGB.). Kannte der Gläubiger die Unmöglichkeit der Befreiungsleistung oder kannte er sie aus Fahrlässigkeit nicht, dann ist dem Schuldner, der auf die Möglichkeit vertraute, ein Anspruch auf das negative Interesse nach § 307 Abs. 2 zuzubilligen. (Ebenso Windscheid-Kipp II, Zus. S. 33.) Die Anwendung des § 139 ist regelmäßig nicht gerechtfertigt, da der Vertrag meist auch ohne den nichtigen Teil[1]), nämlich die facultas alternativa, geschlossen sein dürfte. Wird die facultas erst später hinzugefügt, dann ist die Anwendung von § 139 ohne weiteres ausgeschlossen.

Die sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Analoges gilt für die Schuld mit Gläubigerfacultas, denn auch hier liegt ja nur ein einfaches Schuldverhältnis vor. Ist die geschuldete Leistung unmöglich, dann entsteht eine facultas nicht. Ist nur die Ersatzleistung unmöglich, dann hindert dies die Entstehung der facultas alternativa. Da etwas Unmögliches nicht geschuldet werden kann, so ist auch ein Recht, eine derartige Schuld zu schaffen — als das sich die Gläubigerfacultas doch darstellt — mangels eines Inhalts nichtig. Auch hier hat der Gläubiger einen Anspruch auf das negative Interesse nach § 207[2], wenn der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder fahrlässig nicht kannte. Das oben bezüglich § 139 Gesagte gilt auch hier.

Wahlschuld.

Sind die alternativ geschuldeten Leistungen sämtlich unmöglich bei Abschluß des Vertrages, dann ist eine

[1]) Streng genommen ist die facultas kein Teil der Obligation, da die Befreiungsleistung nie Schuldinhalt wird, wohl aber muss sie als ein Teil des Schuldverhältnisses i. w. S. angesehen werden.

Wahlschuld nicht begründet. Der gutgläubige Teil hat Anspruch auf das negative Interesse, § 307[1]).

Ist nur eine Leistung unmöglich, dann beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrige. (Besser: dann entsteht ein auf die übrigen Leistungen beschränktes Schuldverhältnis.) § 265, S. 1. Diese Bestimmung bildet eine Ausnahme von dem in § 139 aufgestellen Prinzip. (§ 265 enthält jedoch nur eine dispositive Vorschrift.) Widerspricht also die im Gesetz ausgesprochene Aufrechterhaltung der Obligation der vermutlichen Parteiabsicht, dann ist § 139 anzuwenden.

Dem gutgläubigen wahlberechtigten Teile steht hier ein Anspruch gegen den bösgläubigen nichtwahlberechtigten auf Ersatz des negativen Interesses zu. Dem gutgläubigen Nichtwahlberechtigten kann dagegen ein solcher Anspruch nicht zugebilligt werden, da er ohnedies nicht darauf rechnen konnte, grade die unmögliche Leistung zu erhalten bzw. leisten zu können.

Unterschied.

Während also bei der Wahlschuld die Unmöglichkeit einer Leistung auf die Entstehung der Obligation keinen Einfluß ausübt, sondern diesem nur einen andern als gewollten Inhalt gibt, insofern, als statt der alternativen Verpflichtung eine einfache entsteht, so ist es bei der facultas alternativa von ausschlaggebender Bedeutung, welche der beiden Leistungen unmöglich ist: Ist die geschuldete unmöglich, dann entsteht kein Schuldverhältnis. Ist die nichtgeschuldete unmöglich, dann

[1]) War nur eine Leistung unmöglich, und war der Schuldner, der das Wahlrecht nicht hatte, bösgläubig, so hat er, falls die andere Leistung nachträglich durch Zufall unmöglich wird, dem Gläubiger das negative Interesse zu ersetzen, weil dieser darauf rechnen konnte, bei Unmöglichkeit der einen die andere Leistung zu erhalten. War der Schuldner wahlberechtigt, dann konnte er nicht annehmen, die unmögliche Leistung zu erhalten. Der Schuldner ist dann nicht ersatzpflichtig.

wird die Entstehung der Obligation in keiner Weise berührt, sondern lediglich die der facultas alternativa verhindert.

2. Nachträgliche Unmöglichkeit infolge Zufalls.

Facultas alternativa des Schuldners.

Wird die in obligatione befindliche Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich (nachträgliches Unvermögen steht der objektiven Unmöglichkeit gleich § 275, II), dann erlischt die Verpflichtung des Schuldners und mit ihr seine facultas, während bei Unmöglichkeit der Befreiungsleistung nur die facultas erlischt.

Erlangt jedoch der Schuldner für die unmöglich gewordene geschuldete Leistung einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger die Herausgabe des Ersatzes, bzw. Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen nach § 281. In diesem Falle erlischt also die Forderung nicht, sie bleibt bestehen und wechselt nur den Leistungsinhalt (vgl. Enneccerus I S. 676). Der Schuldner hat daher in diesem Falle auch die facultas, sich durch Hingabe der Befreiungsleistung von der Herausgabe des Ersatzes zu befreien [1]). (Oertmann S. 55.)

---

[1]) Bleibt der Wert des erlangten Ersatzes hinter dem der geschuldeten Leistung zurück, so mindert sich bei gegenseitigen Verträgen gemäss § 323 Abs. 2 insoweit die Gegenleistung. Verlangt der Gläubiger den weniger werten Ersatz, so kann der Schuldner nicht durch Beibringung der Ersatzleistung den Gläubiger zwingen, die volle Gegenleistung zu entrichten. Er kann daher in solchen Fällen nur dann von seiner facultas Gebrauch machen, wenn er die Befreiungsleistung dem Werte des erlangten Ersatzes entsprechend mindern kann, also nur bei teilbaren Leistungen. Bei unteilbaren Leistungen kann er demnach seine facultas nicht ausüben, es sei denn, dass der erlangte Ersatz gleichen Wert wie die unmöglich gewordene geschuldete Leistung hat.

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Entsprechendes gilt für die Gläubigerfacultas. Die Eventualleistung kann nicht mehr gefordert werden, wenn die Prinzipalleistung infolge Zufalls unmöglich geworden ist[1]). (Ebenso Enneccerus I S. 616 Anm. 3; a. M. Langheineken S. 211, der auch bei kasueller Unmöglichkeit der Hauptleistung den Schuldner auf die Ersatzleistung verhaftet bleiben läßt, eine Folge seiner Konstruktion der facultas des Gläubigers als zweier resolutiv bedingten Ansprüche.)

Erlangt der Schuldner einen Ersatz, dann hat der Gläubiger drei Möglichkeiten:

1. Seine Verpflichtung zur Gegenleistung erlischt, §§ 275, 323 Abs. 1.
2. Er verlangt Herausgabe des Ersatzes gemäß §§ 281 II, 323 Abs. 2.
3. Für diesen Ersatz kann er auch die Eventualleistung fordern, aber nur in der dem Ersatze entsprechenden Höhe.

Für diesen Fall gelten analog die S. 68 Anm. 1 aufgestellten Sätze. Erlangt der Schuldner für die Eventualleistung einen Ersatz, dann kann der Gläubiger diesen fordern. Das soeben Gesagte gilt analog.

Wahlschuld.

Gehen bei der Wahlschuld alle Leistungen unter, dann erlischt die Obligation. Bei Unmöglichkeit nur einer konzentriert sich das Schuldverhältnis auf die andere. (Diese Konzentration ist aber völlig verschieden

[1]) Siber, Krit. Viertelj.-Schr. S. 551 behauptet, dass dieser Satz fast für keinen der gesetzlichen Fälle zutreffe, und sucht dies an einer Reihe von Fällen darzutun, wie z. B. an den §§ 283 und 340 (vgl. unten S. 94 ff.). Damit ist nun aber nichts bewiesen, weil gerade in diesen Fällen ein anderer Umstand hinzutritt, der eine Befreiung des Schuldners bei kauseller Unmöglichkeit ausschliesst, nämlich der Leistungsverzug. Bleibt der Schuldner aber weiter verpflichtet, dann bleibt naturgemäss auch die facultas bestehen.

von derjenigen durch Wahlerklärung. Diese hat rückwirkende Kraft, die Unmöglichkeit dagegen wirkt ex nunc. (Ebenso Staudinger zu § 265; Fischer-Henle zu § 265; Langheineken S. 197; Oertmann zu § 265; a. A. Planck zu § 265, der die gleiche Wirkung wie bei der Wahl annimmt.)

Aus der bestimmten Fassung des § 265 geht hervor, daß der Ersatz, den der Schuldner möglicherweise erlangt, vom Gläubiger nicht gefordert werden kann. § 265 bildet sonach eine Ausnahme von § 281 [1]). (Ebenso Kisch a. a. O. S. 228.)

Unterschied.

Die Ergebnisse sind die gleichen wie bei der ursprünglichen Unmöglichkeit. Die Schuld mit facultas alternativa erlischt mit Unmöglichkeit der geschuldeten

---

[1]) Dass diese Regelung oft zu unbilligen Konsequenzen führt, hat Strohal a. a. O. I S. 251 Anm. 1 und Pescatore S. 230 an einem Beispiele, das praktisch sehr häufig vorkommen kann, nachgewiesen: Ein Kunstfreund, der aber mehr Sammler als Kenner ist, vermacht einem Kunstkenner nach dessen Wahl eine Vase im Werte von 5000 Mark und ein Gemälde von 50000 Mark. Das Gemälde verbrennt; die Versicherung zahlt 50000 Mark. Der Vermächtnisnehmer muss sich nun mit der Vase begnügen, während der Beschwerte die 50000 Mark erhält. Der Geschädigte ist in diesem Falle der Bedachte, da er, wie mit Sicherheit anzunehmen ist, das Gemälde gewählt hätte. Strohal und Pescatore wollen hier mit der freien Auslegung des Willens des Testators helfen und die Versicherungssumme von 50000 Mark dem Bedachten zusprechen. Dies steht jedoch im Gegensatz zu der unzweideutigen Bestimmung des § 265, wenn diese auch dispositiv ist. Die dispositive Natur des § 265 scheint mir in diesem Falle zu sehr ausgenützt zu sein. Die dispositiven Normen kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Beteiligten nichts anderes festgesetzt haben. Es muss also ein wirklicher Wille ersichtlich sein. Blosse Vermutungen genügen nicht. Die Annahme, der Erblasser würde wohl so testiert haben, dass der Bedachte die 50000 Mark erhalten solle, wenn er die Qualität des Bildes gekannt hatte, rechtfertigt die Anwendung des § 265 nicht.

Leistung, die Wahlschuld konzentriert sich. Bei jener steht also die Gefahr stets auf den Gläubiger, bei dieser stets auf den Schuldner; nur die letztmögliche steht auf Gefahr des Gläubigers (vgl. D 18, 1 C 34 § 6). In den Fällen jedoch, wo der Schuldner einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, besteht die facultas alternativa weiter, während die Wahlschuld sich konzentriert, die Wahl somit hinfällig wird.

Unmöglichkeit infolge Verschuldens des Schuldners.

Facultas alternativa des Schuldners.

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung zu vertreten (§§ 276, 279), dann haftet er nach § 280 auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Dieser Schadensanspruch ist derselbe wie der bisherige, auf die Leistung gerichtete, nur mit verändertem Inhalt; daher erlischt auch seine facultas nicht. Er kann die Schadenersatzleistung abwenden durch Vollzug der Befreiungsleistung. (Ebenso Pescatore S. 286; Titze S. 197 Anm. 1.)

Führt er die Unmöglichkeit der Befreiungsleistung herbei (von einem Verschulden bezüglich dieser kann naturgemäß nicht die Rede sein, da diese nicht Schuldgegenstand ist), so entzieht er sich lediglich die Möglichkeit der Ausübung seiner facultas alternativa.

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Wird die Prinzipalleistung infolge des Verschuldens des Schuldners unmöglich, dann besteht die Obligation fort. Der Gläubiger kann auf die Ersatzleistung greifen.

Wird dagegen die Ersatzleistung, bevor der Gläubiger seine facultas ausübt, vom Schuldner vernichtet, dann wird zwar noch keine geschuldete Leistung unmöglich, wohl aber eine solche, die jederzeit zur geschuldeten werden kann. Dadurch entsteht eine Gebundenheit für

den Schuldner, die ihn daran hindern muß, mit der Ersatzleistung nach seinem Belieben zu schalten und zu walten. Vernichtet er sie, dann stellt sich sein Handeln dar als eine Verletzung des dem Gläubiger zustehenden Rechts, und er wird schadenersatzpflichtig. Jedoch ist diese Ersatzpflicht vorerst eine latente, ähnlich wie bei den bedingten Schulden, bis zu dem Zeitpunkte, wo der Gläubiger von seiner facultas Gebrauch macht (arg. § 160 Abs. 1 BGB.). Erst in diesem Augenblick tritt sie in Erscheinung. Die Existenz der facultas wird also durch das Verschulden des Schuldners nicht berührt, wohl aber ihr Inhalt; denn dieser ist nicht mehr auf Beibringung der Ersatzleistung, sondern auf Schadensersatz gerichtet[1]). (Ebenso Langheineken, der aber offenbar die Verpflichtung zur Interesseleistung sofort eintreten läßt, S. 211.)

Wahlschuld.

Hat bei der Wahlschuld der Schuldner das Wahlrecht und verschuldet er die Unmöglichkeit einer Leistung, dann beschränkt sich die Schuld auf die noch mögliche, denn sein Verschulden wird durch sein Wahlrecht gedeckt (§ 265, S. 1). Wird die übrig gebliebene

[1]) Den Schuldner trifft m. E. die Pflicht, den Gläubiger von der Unmöglichkeit in Kenntnis zu setzen, und zwar auf Grund von § 242 BGB. Der Gläubiger will durch die Obligation eine Leistung erlangen, nicht aber einen blossen Geldersatz. Seinen Interessen ist somit nicht gedient, wenn er einen puren Geldanspruch erlangt, was der Fall ist, wenn er in dem obigen Falle seine facultas ausübt; denn die einmal erfolgte Ausübung ist ja, wie oben S. 22 dargelegt, nicht mehr rückgängig zu machen, sodass sich der Gläubiger mit Geld begnügen müsste, selbst wenn die Prinzipalleistung noch möglich wäre. Und da der Schuldner die Interessen des Gläubigers in einer Treu und Glauben entsprechenden Weise wahrzunehmen hat, so muss er ihm Anzeige erstatten, bevor er seine facultas ausübt. Andernfalls ist ihm das Recht zu gewähren, von seiner Erklärung abzugehen mit Rücksicht auf § 119 BGB.

später kasuell unmöglich, dann wird der Schuldner frei. Das ist die notwendige Konsequenz aus § 265 S. 1. Denn durch die Unmöglichkeit der ersten Leistung verwandelt sich die Alternativobligation in eine einfache Obligation. Bei der einfachen Schuld wird der Schuldner durch zufällige Unmöglichkeit befreit von seiner Verpflichtung gemäß § 275. Daß die Unmöglichkeit der ersten Leistung vom Schuldner verschuldet war, ist völlig belanglos, da diese aus der Obligation ausgeschieden ist und somit jede Haftung bezüglich dieser erloschen ist (vgl. S. 45, Anm. 1). Einige, insbesondere Kipp II, S. 36, billigen dem Gläubiger in diesem Falle einen Ersatzanspruch zu, weil der Schuldner verschuldet habe, daß er schließlich nichts erhält, insofern als er die Unmöglichkeit der ersten Leistung herbeigeführt habe. (Wie Kipp auch Enneccerus I, S. 615, Fischer-Henle zu § 265, Anm. 2, Crome II, 1 S. 92.) Nicht der Schuldner, sondern der Zufall war es, der dem Gläubiger die letzte Leistung entzog. Sonach entfällt jede Haftung.

Ist der Gläubiger wahlberechtigt, so wird durch ein Verschulden des Schuldners sein Wahlrecht nicht beeinträchtigt. Er kann sich daher auch für die unmöglich gewordene entscheiden und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. § 265 S. 2, § 280. Verschuldet der Schuldner den Untergang beider, dann hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem Ersatz für die erste oder die zweite.

Unterschied.

In den Fällen der facultas alternativa hat das Verschulden des Schuldners hinsichtlich der geschuldeten Leistung keinen Einfluß auf den Bestand der Obligation und damit der facultas alternativa. Das gleiche gilt für das Wahlrecht des Gläubigers. Bei der Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht dagegen beraubt er sich durch die verschuldete Unmöglichkeit einer Leistung der Wahl,

ebenso, wenn bei der Schuld mit facultas alternativa des Schuldners dieser die Befreiungsleistung vernichtet, während bei der Gläubigerfacultas der Gläubiger durch verschuldete Unmöglichkeit der Ersatzleistung die facultas nicht verliert. Demnach ergibt sich folgendes:

Völlig gleich sind Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht und facultas alternativa des Gläubigers.

Gleich sind weiter Schuldnerwahlrecht und facultas alternativa des Schuldners, falls der Schuldner die Befreiungsleistung vernichtet.

Durch Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung verliert der Schuldner seine facultas alternativa nicht.

Unmöglichkeit infolge Verschuldens des Gläubigers.

Facultas alternativa des Schuldners.

Wird durch Verschulden des Gläubigers die geschuldete Leistung unmöglich, dann erlischt die Schuld und damit die facultas alternativa. Eventuell hat der Schuldner noch einen Ersatzanspruch gegen den Gläubiger wegen des Mehrwerts der geschuldeten gegenüber der Befreiungsleistung[1]).

Verschuldet der Gläubiger die Unmöglichkeit der Befreiungsleistung, dann wird an sich der Bestand der Obligation nicht berührt. Er kann also weiterhin die geschuldete Leistung fordern, muß aber dem Schuldner den Schaden nach § 823 ff. BGB. ersetzen. Jedoch wird man dem Schuldner das Recht zur Verweigerung

---

[1]) Unrichtig ist die Meinung Pescatores S. 286, der sagt, dem Schuldner bleibe es unbenommen, die noch mögliche Befreiungsleistung anzubieten und Schadenersatz wegen der Obligationsleistung zu verlangen. Durch die vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit ist aber die Leistungspflicht erloschen und damit auch die facultas alternativa. Bietet also der Schuldner die Befreiungsleistung an und wird diese angenommen, so liegt hierin ein ganz neuer Vertrag, dessen Zustandekommen vom Willen des Gläubigers abhängt.

der Leistung zubilligen müssen unter Heranziehung von § 249 BGB. Hiernach hat der ersatzpflichtige Gläubiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die zum Ersatz verpflichtende Handlung nicht erfolgt wäre. Der Schuldner würde die geschuldete Leistung nach Hingabe der Befreiungsleistung haben behalten können. Sonach hat sich der Gläubiger als befriedigt anzusehen, wenn sich der Schuldner nachträglich für die Befreiungsleistung entscheidet; ipso iure erlischt die Verpflichtung des Schuldners jedoch nicht, sondern erst mit seiner Erklärung. (Ebenso Kipp II S. 37, Langheineken S. 212, der zu diesem Resultat mittels Aufrechnung gelangt; ebenso Pescatore S. 286.)

Sogenannte facultas alternativa des Gläubigers.

Bei schuldhafter Vernichtung der ursprünglichen Leistung durch den Gläubiger erlischt der Anspruch und gleichzeitig die facultas alternativa.

Wird durch sein Verschulden die Ersatzleistung unmöglich, dann macht er sich ersatzpflichtig und behält sein Forderungsrecht auf die ursprüngliche Leistung. Er hat jedoch das Recht, die durch sein Verschulden unmöglich gewordene Leistung zu verlangen und sich so von seiner Ersatzpflicht zu befreien, mit Rücksicht auf das S. 68 bezüglich des Ersatzes oder Ersatzanspruchs Gesagte. Im allgemeinen kann der Gläubiger nach § 281 einen Ersatz, den der Schuldner für die unmöglich gewordene Leistung erlangt, an Stelle der ursprünglichen Leistung beanspruchen. Bei der facultas alternativa muß sich demnach der Gläubiger für diesen Ersatzanspruch, der gegen ihn selbst gerichtet ist, entscheiden können. Tut er dies, dann heben sich die beiden Ansprüche auf. Bei gegenseitigen Verträgen bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. (Ebenso Strohal a. a. O., § 36, S. 251 Anm. 1.) Der Schuldner kann also nicht etwa die geschuldete Leistung beibringen und für die

Eventualleistung Schadenersatz fordern, was von Wichtigkeit ist für den Fall, daß die Ersatzleistung mehr wert ist als die geschuldete.

Wahlschuld.

Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit einer[1]) der Leistungen zu verantworten und hat der Schuldner das Wahlrecht, dann kann dieser entweder die noch mögliche wählen und für die andere Ersatz fordern, oder er kann die unmögliche wählen und sich dadurch von seiner Verpflichtung befreien gemäß § 275.

Steht das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so konzentriert sich bei der von diesem verschuldeten Unmöglichkeit das Schuldverhältnis auf die noch übrige Leistung, und der Schuldner erlangt einen Ersatzanspruch gegen den Gläubiger. Man muß aber dem Gläubiger das Recht einräumen, die durch seine Schuld unmöglich gewordene Leistung zu wählen und sich so von seiner Ersatzpflicht zu befreien. Dies rechtfertigt sich aus dem Umstande, daß § 265 ius dispositivum ist, ferner daß eine andere Regelung den Interessen des Gläubigers oftmals widerstreiten würde, zumal der Gläubiger vor der Unmöglichkeit es in der Hand hatte, das gleiche Ergebnis dadurch herbeizuführen, daß er die vernichtete Leistung wählte. (Vgl. insbesondere den von Pescatore S. 244 ff. und von Strohal a. a. O. S. 251 Anm. 1 zitierten Fall von der 5000 Mark werten Vase und dem 50000 Mark werten Gemälde, der sich in der Praxis häufig ereignen kann. – Ebenso Pescatore S. 244 ff., Kisch S. 255.)

Unterschied.

Bei der Schuld mit facultas alternativa des Schuldners wie des Gläubigers erlischt die facultas, wenn die ge-

[1]) Vernichtet er beide Leistungen, dann hat er für eine Schadenersatz zu leisten und ist wegen der andern bei gegenseitigen Verträgen zur Gegenleistung verpflichtet. Für welche er Ersatz zu leisten hat, bestimmt der jeweilige Wahlberechtigte.

schuldete Leistung unmöglich wird, während ein Verschulden des Gläubigers hinsichtlich der Ersatzleistung die Existenz der facultas nicht berührt.

Bei der Wahlschuld wird das Wahlrecht in keinem Falle berührt, mag es dem Schuldner oder dem Gläubiger zustehen.

Demnach ist eine vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit immer ohne Einfluß, ausgenommen in denjenigen Fällen der facultas alternativa, wo die geschuldete Leistung vernichtet wird.

Fälle der facultas alternativa des Schuldners im BGB.

Das BGB. hat keinen feststehenden Sprachgebrauch für die Fälle der facultas alternativa angenommen. Man muß daher in jedem einzelnen Falle prüfen, ob der Schuldner zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, daneben aber eine andere Leistung bewirken darf, bzw. ob der Gläubiger einen feststehenden Anspruch hat, aber an dessen Stelle einen andern setzen darf, oder ob von Anfang an mehrere Leistungen nebeneinander in gleicher Weise geschuldet werden. Im ersteren Falle liegt eine Schuld mit facultas alternativa vor, im letzteren dagegen eine Wahlschuld. Bei vielen der gesetzlichen Fälle herrscht jedoch Streit darüber, ob facultas alternativa oder Wahlschuld gegeben sei, eine Folge des schwankenden Sprachgebrauchs.

Zunächst kommt hier § 244 in Betracht. Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn . . . . der Schuldner schuldet die Geldsumme, wie sie ausgedrückt ist, also in ausländischer Währung. Vom Gesetz ist ihm aber die Befugnis eingeräumt, durch Zahlung in inländischer

Währung seine Schuld zu tilgen. Dies ist lediglich ein Recht des Schuldners, der Gläubiger kann ihn nicht zur Zahlung in inländischer Währung nötigen. (Ebenso Litten S. 113, Pescatore S. 333, Planck zu § 244 A. 2, Enneccerus I, S. 581. A. A. Endemann § 121, der sagt, die Schuld ist in Reichswährung zu zahlen. Langheineken S. 207, ohne Begründung.)

Bezüglich des § 251 Abs. 2 ist es sehr bestritten, ob eine facultas alternativa oder eine Wahlschuld vorliegt. Hiernach kann der Ersatzpflichtige, wenn die Herstellung unverhältnismäßige Kosten erfordert, den Gläubiger in Geld entschädigen. Nach § 249 ist er jedoch grundsätzlich zur Naturalrestitution verpflichtet, nur diese kann der Gläubiger beanspruchen. Den Gläubiger in Geld zu entschädigen, ist lediglich ein Recht des Schuldners, das ihm durch § 251 Abs. 2 eingeräumt ist bei Vorliegen der Voraussetzung. Eine Wahlschuld nehmen hier an Chamitzer und Endemann. Ersterer führt S. 41 aus: „Ist es nun aber wirklich nur ein Recht des Schuldners, sich durch Geldersatz zu befreien?“ Die Antwort gibt § 251 Abs. 1: Soweit . . . ., hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Trotz unverschuldeter Unmöglichkeit hat der Schuldner Geldersatz zu leisten. Der Geldersatz ist also von Anfang an in obligatione. Es liegt deshalb eine Wahlschuld vor mit Wahlrecht des Schuldners.“ Indem also Chamitzer § 265, S. 1 zugrunde legt, kommt er zu dem Schluß, daß, wenn bei Unmöglichwerden der Naturalrestitution trotzdem der Schuldner noch Geldersatz zu leisten hat, dann folgerichtig von Anfang an Herstellung wie Geldersatz geschuldet sein, also eine Wahlschuld vorliegen müsse. Dem ist zu erwidern: Nicht trotz, sondern gerade wegen der Unmöglichkeit der Naturalrestitution ist der Schuldner zum Geldersatz verpflichtet. Bis zum Eintritt der Un-

möglichkeit war lediglich Herstellung gemäß § 249 geschuldet. Vom Augenblick der Unmöglichkeit an tritt eine Verpflichtung zur Geldleistung ein nach § 251 Abs. 1. § 251 Abs. 1 enthält also eine Ausnahme von § 275, wonach bei kasuellem Unmöglichwerden der Leistung der Schuldner frei wird; es besteht also, wie Chamitzer selbst sagt, neben jeder Verpflichtung auf Herstellung eine unter der aufschiebenden Bedingung kasueller Unmöglichkeit bedingte Verpflichtung auf Geldersatz. Da hiernach die eine Verpflichtung, nämlich zum Geldersatz erst dann entsteht, sobald die andere wegfällt, kann von einer Wahlschuld nicht die Rede sein. Das Recht des Schuldners nach § 251 Abs. 2, bei Vorliegen der Voraussetzung der Kostspieligkeit Geldersatz zu leisten, ist demnach als eine facultas alternativa anzusehen. Gernsheim S. 238 und Litten S. 113 meinen, daß § 251 Abs. 1 sich nur beziehe auf die ursprüngliche Unmöglichkeit der Naturalrestitution, und lassen, da auch nach ihrer Ansicht in § 251 Abs. 2 eine facultas alternativa gegeben ist, den Schuldner bei nachträglicher Unmöglichkeit frei werden. Daß sich § 251 Abs. 1 nur auf die anfängliche Unmöglichkeit bezieht, dafür bietet das Gesetz keinen Anhalt; im Gegenteil hätte der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung treffen wollen, dann hätte er wahrscheinlich die Worte „von Anfang an unmöglich“ hinzugefügt, wie dies in § 265 geschehen ist. Für unsere Ansicht spricht ferner die Erwägung, daß das BGB. durch Einführung des Grundsatzes der Naturalrestitution offenbar den Ersatzberechtigten hat besser stellen wollen gegenüber dem gemeinen Recht, wo der Schadenersatz auf Geldersatz ging. Im gemeinen Recht konnte der Ersatzpflichtige niemals frei werden, da eine Unmöglichkeit der Geldleistung ausgeschlossen war. Hätte das BGB. aber den Gläubiger besser gestellt durch die Einführung des Prinzips der Naturalrestitution, wenn es bei kasueller Unmöglichkeit

den Ersatzpflichtigen frei werden ließe? Die Betonung des Präsens „ist“ in § 251 Abs. 1 erscheint demnach verfehlt. (Ebenso Siber, krit. Viertelj.-Schr. 46, S. 536.)

§ 257 gewährt dem wegen Aufwendung Ersatzberechtigten das Recht, Befreiung von der Verbindlichkeit zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck eingegangen ist. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Ähnlich liegen die Fälle in § 738 Abs. 1 und § 775. Nach § 738 sind die Gesellschafter verpflichtet, den ausscheidenden Gesellschafter von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien. Sind diese noch nicht fällig, so können sie Sicherheit leisten. Nach § 775 kann der Bürge aus besonders wichtigen Gründen Befreiung von der Bürgschaft verlangen, bevor er den Gläubiger befriedigt hat. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Diese Fälle sind von einigen für Fälle einer facultas alternativa gehalten worden, so von Chamitzer, Langheineken S. 206, Litten S. 113. Nun wird aber durch die Sicherheitsleistung der zugrunde liegende Anspruch auf Befreiung nicht berührt, der Gläubiger behält diesen noch weiterhin. Die Sicherheitsleistung hat lediglich den Zweck, den Gläubiger für den Fall, daß bei Fälligkeit die Realisierung seines Anspruchs durch den Schuldner nicht erfolgen sollte, sicherzustellen. Mit Eintritt der Fälligkeit ist der Schuldner nach wie vor verpflichtet, den Gläubiger zu befreien. Diese dem Schuldner durch §§ 257, 738 und 775 eingeräumte Befugnis zur Sicherheitsleistung ist daher keine facultas alternativa, sondern nur ein dieser ähnliches Recht. (Ebenso Planck zu 775, Staudinger zu § 775, Oertmann zu 257, Schollmeyer zu 257, RGE. 59[12], Enneccerus I S. 605. Prot. II S. 479.

Wer verpflichtet ist zur Leistung des Offenbarungs-

eides (§ 259², 260², 2028², 2057) vor dem Amtsgericht des Ortes, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder Vorlegung des Verzeichnisses usw. zu erfüllen ist, kann sich, wenn er seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande hat, von dieser Verpflichtung befreien durch Eidesleistung vor dem Amtsgericht des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes. Dies ist also nur ein Recht des Eidespflichtigen; derjenige, der die Eidesleistung verlangt, hat nur einen Anspruch auf Leistung am Orte der Rechnungslegung. Die Verschiedenheit der Leistungen ist hier begründet durch die Verschiedenheit des Ortes. (Ebenso Langheineken S. 207, Litten S. 113, Chamitzer S. 72, Oertmann zu § 261 Anm. 2. A. A. Pescatore: Wahlschuld S. 289, der hier eine Wahlschuld annimmt, weil es hier lediglich darauf ankomme, daß der Eid vor einem deutschen Gericht geleistet werde.)

Dagegen liegt im Falle des § 264 Abs. 2 keine facultas alternativa vor, wie schon oben S. 59 f. dargetan ist.

Nach § 528 ist der Beschenkte, soweit der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen standesgemäßen Unterhalt zu bestreiten und die ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, zur Herausgabe des Geschenks verpflichtet nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Der Beschenkte kann durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages die Herausgabe des Geschenkes abwenden. Einen dahingehenden Anspruch hat jedoch der Schenker nicht. (Ebenso Litten S. 113, Planck zu § 528. Pescatore: Wahlschuld S. 289.)

Ferner ist ein Fall von facultas alternativa des Schuldners in § 617 zu finden. Der Dienstberechtigte hat bei einem dauernden Mietsverhältnisse, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und bei dem der Verpflichtete

in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, diesen im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung für die Dauer von 6 Wochen zu gewähren. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Unterbringung in eine Krankenanstalt gewährt werden. Hiernach ist der Dienstherr lediglich verpflichtet, dem Kranken in seiner Häuslichkeit die erforderliche Pflege zuteil werden zu lassen. Der Dienstpflichtige kann nicht etwa verlangen alternativ Verpflegung in der Häuslichkeit oder in der Krankenanstalt. Dem Dienstherrn ist also durch § 617 eine facultas alternativa eingeräumt. Schultzenstein, (Schultzenstein Archiv für Bürg. Recht, Bd. 23 S. 286) mißt der Frage, ob facultas alternativa oder Wahlschuld vorliege, nur theoretische Bedeutung bei. Ihr praktischer Wert jedoch zeigt sich vor allem darin, daß bei Unmöglichkeit der häuslichen Verpflegung der Dienstherr frei wird, während er bei Annahme einer Wahlschuld zur Unterbringung in eine Krankenanstalt verpflichtet wäre.

Ähnlich wie in den Fällen der §§ 257, 738 und 775 liegt die Sache in § 1001: Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von der Verpflichtung auf Ersatz derselben dadurch befreien, daß er die vom Besitzer erlangte Sache diesem wieder herausgibt. Hierdurch ist aber nicht der Anspruch des Ersatzberechtigten erfüllt, denn aus § 1003 geht hervor, daß nur die Geltendmachung desselben ausgeschlossen ist, da diese nur erfolgen kann auf die Genehmigung des Eigentümers hin. Der Ersatzberechtigte erlangt lediglich ein Rückbehaltungsrecht an der Sache. Bleibt nämlich die Genehmigung nach erfolgter Aufforderung und Fristsetzung aus, so kann sich der Besitzer aus der Sache befriedigen, und zwar nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, d. h. er muß das superfluum herausgeben. Aus dieser seiner Pflicht geht hervor,

daß eine solutio durch die Hingabe der Sache seitens des Eigentümers nicht eingetreten war. Es liegt also keine facultas alternativa vor. (A. A. Pescatore 1905, Wahlschuld S. 290.)

Der Nießbraucher an einem Vermögen ist dem Besteller gegenüber nach § 1087, falls eine vor der Bestellung des Nießbrauchs entstandene Forderung fällig ist, zur Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verpflichtet. Der Nießbraucher kann diese Verpflichtung durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger des Bestellers erfüllen. Die Verschiedenheit der Leistung von der geschuldeten ist hier begründet durch die verschiedene Person des Empfängers. (Ebenso Chamitzer S. 75; Pescatore S. 290; Litten S. 113.)

Nach § 1142 ist der Eigentümer eines Grundstücks in dem Falle, wo der Hypothekenschuldner und persönliche Schuldner verschiedene Personen sind, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Verpflichtet ist der Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks nur, dem Hypothekengläubiger die Befriedigung aus dem Grundstück zu gestatten im Wege der Zwangsversteigerung oder -verwaltung. Durch den § 1142 wird also dem dinglich Verpflichteten das Recht eingeräumt, wie ein persönlicher Schuldner den Gläubiger zu befriedigen. (Ebenso Chamitzer S. 275; Litten S. 113; Pescatore S. 290; Leonhard S. 2.) Die gleiche facultas alternativa ist dem Grund- und Rentenschuldner eingeräumt durch § 1192 und 1202.

Ist an einer Sache ein Pfandrecht begründet worden und soll nun diese im Wege des Pfandverkaufs veräußert werden, dann kann jeder Dritte, der ein Recht an der Sache hat und es durch den Verkauf verlieren würde, den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der

Schuldner zur Leistung berechtigt ist, nach § 1249. Demnach hat der Eigentümer, der für einen andern, den persönlichen Schuldner, die Sache verpfändet hat, das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, während ihn nur die Verpflichtung trifft, den Gläubiger aus dem Pfande zu befriedigen d. h. nach § 1228 den Pfandverkauf zu dulden. Der Fall liegt ähnlich wie der des § 1142. Dort handelt es sich um Grundstücke, hier um bewegliche Sachen. Ähnliches gilt für das Pfandrecht an Schiffen nach § 1266 und für dasjenige an Forderungen nach § 1273. (Ebenso Leonhard S. 2 Anm. 1.)

Nach § 1393 kann der Ehemann die Inhaberpapiere, statt sie nach § 1392 zu hinterlegen, auf den Namen der Frau umschreiben oder, wenn sie vom Reiche oder vom Bundesstaat ausgestellt sind, in Buchforderungen umwandeln lassen. Verpflichtet ist der Ehemann aber nur zur Hinterlegung. Die Umwandlung oder Umschreibung ist hier nur in solutione. (Ebenso Planck zu § 1393 A. 1, Pescatore S. 290, Langheineken S. 206, Fischer-Henle zu § 1392 A. 4 dagegen sagt: „Der Mann hat die Wahl, ob er nach § 1392 oder 1393 verfahren will," scheint demnach eine Wahlschuld anzunehmen, was sich jedoch mit dem Gesetzestext kaum vereinigen läßt.)

Eine ähnliche Verpflichtung mit facultas alternativa liegt dem Vormund nach § 1814/15 ob, aber hier mit einer Einschränkung. Denn nach Abs. 2 des § 1815 kann das Vormundschaftsgericht bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen die Umwandlung in Buchforderung anordnen. Dann ist diese Leistung nicht mehr bloß in solutione, sondern auch in obligatione. Die gleichen Verpflichtungen kann das Vormundschaftsgericht dem Vater, der das Kindesvermögen gefährdet, auferlegen nach § 1667.

Die Unterhaltungspflicht, die dem Vater eines unehelichen Kindes nach § 1708 obliegt, geht mit dem

Tode des Vaters auf dessen Erben über. Nach § 1712 ist dieser aber berechtigt, das Kind mit dem Betrage abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Diese Abfindung ist also lediglich ein Recht des Erben, einen Anspruch hierauf hat das Kind nicht.

Wenn nach Befriedigung der im Aufgebotsverfahren nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, aber noch vor der Befriedigung der aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen Berechtigten sich ein Überschuß ergibt, so ist der Erbe verpflichtet, nach § 1974 diesen Überschuß den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern zum Zwecke ihrer Befriedigung herauszugeben nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung im Wege der Zwangsvollstreckung. Er kann aber statt dessen den Wert des Herauszugebenden zahlen. (Ebenso Fischer-Henle Anm. zu § 262, Leonhard S. 2, A. 1, Pescatore S. 290, Litten S. 113.)

Nach § 1992 ist der Erbe, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht und infolgedessen der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigert, als der Nachlaß nicht ausreicht, verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung diesem Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (§ 1992, 1990). Durch § 1992 wird ihm aber nachgelassen die Herausgabe durch Zahlung des Wertes abzuwenden. Dieselbe facultas ist dem Vermächtnisnehmer eingeräumt, der selbst wieder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist. Reicht das ihm Zugewendete zur Erfüllung nicht aus, und verweigert er daher insoweit die Erfüllung, so ist er verpflichtet, das Vermächtnis im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, kann jedoch die Herausgabe durch Zahlung des Wertes abwenden. (Ebenso Pescatore S. 291, Litten S. 113.)

Ist dem Beschwerten durch den Erblasser ein Verschaffungsvermächtnis auferlegt worden, so hat er dem Bedachten den vermachten Gegenstand zu verschaffen nach § 2170. Nach Abs. 2 ist ihm jedoch die Befugnis gewährt, sich durch Entrichtung des Wertes zu befreien, sobald die Verschaffung mit unverhältnismäßigen Kosten verknüpft ist. Es besteht für den Belasteten die einfache Verpflichtung, den vermachten Gegenstand zu verschaffen, die erlöschen würde, wenn er ohne sein Verschulden dazu unvermögend würde, gemäß § 275. Aber für diesen Fall enthält § 7170 Abs. 2 S. 1 eine Sonderbestimmung, daß nämlich der Beschwerte den Wert zu entrichten hat, wenn er zur Verschaffung außerstande ist. Dieser Satz bezieht sich jedoch nicht nur auf das anfängliche Unvermögen, wie einige behaupten, (so Kleineidam S. 75 A. 15, Leonhard S. 2, Chamitzer S. 76) sondern es betrifft die subjektive Unmöglichkeit schlechthin, also auch die nachträgliche. Dies dürfte wohl auch der ratio legis entsprechen, denn es ist nicht ersichtlich, warum der Beschwerte im Falle, wo sein Unvermögen von Anfang an besteht, schlechter gestellt sein sollte, als im Falle des nachträglichen Eintritts des Unvermögens. Dieser Fall liegt ganz analog demjenigen des § 251 Abs. 2[1]). Bei objektiver Unmöglichkeit dagegen wird § 2170 Ab. 2 S. 1 ausgeschaltet, und es greift § 275 Abs. 1 ein. Der Beschwerte wird also in diesem Falle frei, mag die objektive Unmöglichkeit eine ursprüngliche oder eine nachträgliche sein. (Ebenso Planck Bem. zu § 2170: „Der Abs. 1 des § 275 wird durch § 2170 nicht berührt. Nur der Abs. 2 wird für das Verschaffungsvermächtnis durch § 2170 Abs. 2 S. 1 abgeändert. Diese Vorschrift

---

[1]) Auch Chamitzer S. 77 sieht diesen Fall für eine facultas alternativa an, während er in § 251 einen Fall der Wahlschuld für gegeben erachtet.

betrifft nicht bloß die nachträgliche, sondern auch die anfängliche Unmöglichkeit.“)

§ 2170 Abs. 2 Satz 2 findet entsprechende Anwendung in dem Falle, wo der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet hat und der Erbe gemäß § 2288 Abs. 2 S. 1 den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen hat. Ist dies mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, dann hat er das Recht zur Befreiung durch Entrichtung des Wertes.

Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Ergänzung des Pflichtteils richtet sich prinzipiell gegen den Erben. Soweit dieser aber zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, z. B. nach § 2328, weil er selbst pflichtteilsberechtigt ist oder weil der Erbe beschränkt haftet und der Nachlaß erschöpft ist, kann der Pflichtteilsberechtigte von demjenigen, der innerhalb der letzten 10 Jahre vor Eintritt des Erbfalls vom Erblasser ein Geschenk erhalten hat, die Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach Bereicherungsgrundsätzen fordern. Der Beschenkte hat jedoch nach § 2329 das Recht, sich durch Zahlung des Wertes von dieser Verpflichtung zu befreien.

Fälle der sogenannten facultas alternativa des Gläubigers.

Der Schadenersatzberechtigte hat nach § 249 [1] grundsätzlich nur Anspruch auf Naturalrestitution. Handelt es sich aber um Schadenersatz wegen Verletzung einer Person oder Sache, dann kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Daß das BGB. als Regel die Verpflichtung der Naturalrestitution aufgestellt hat, ergibt sich sowohl aus § 249 [1], wie vor allem aus § 250, wonach der Gläubiger erst dann einen Geldanspruch erlangt, wenn der Schuldner eine ihm vom Ersatz-

berechtigten gesetzte Frist zur Herstellung hat unbenutzt verstreichen lassen. (Nur wenn und soweit die Herstellung unmöglich ist, geht die Verpflichtung des Ersatzberechtigten auf Geldersatz). Hiernach kann also der Gläubiger nur Herstellung beanspruchen. Bei Vorliegen der in § 249 [2] bestimmten Voraussetzung kann er statt der Herstellung Geldersatz verlangen. Es handelt sich also nicht um eine Wahlschuld im Sinne von § 262; denn geschuldet wird nur Naturalrestitution und nicht diese wie Geldersatz. Infolgedessen genügt der Schuldner seiner Ersatzpflicht durch Herstellung, solange der Gläubiger kein Verlangen auf Geldersatz gestellt hat. Ist die Herstellung erfolgt, ohne daß eine Entscheidung des Gläubigers abgewartet ist, so ist das Recht, Geldersatz zu verlangen, erloschen. Dagegen schließt der Beginn der Herstellung noch nicht das Recht des Gläubigers auf Ersatz der Kosten aus. Hat er sich jedoch für die Kosten entschieden, dann ist seine Ersetzungsbefugnis konsumiert; er kann dann nicht mehr wie schon oben S. 36 dargelegt, auf die Herstellung zurückgreifen. Sobald der Gläubiger einmal von seiner facultas Gebrauch gemacht hat, hat der Schuldner die Gewißheit, nur noch Geld leisten zu müssen, andernfalls befindet er sich, wie Schollmeyer zu § 249 hervorhebt, in einer prekären Lage, denn erst die völlige Bewirkung der Naturalrestitution schließt die Ausübung der facultas aus. Chamitzer hat daher aus Zweckmäßigkeitsgründen, und zwar nur aus diesen Gründen, während die Fassung des § 249 S. 2, wie er selbst zugibt, für eine facultas alternativa spricht, eine Wahlschuld angenommen, weil dann der Gläubiger an die einmal erklärte Wahl nach § 263 Abs. 2 gebunden sei und der Schuldner in § 264 ein Mittel habe, den Gläubiger zur Wahl zu nötigen. Abgesehen davon, daß diese Annahme den gesetzlichen Vorschriften widerspricht, sind auch die Zweckmäßigkeitsgründe nicht gewichtig genug, um die Annahme

einer Wahlschuld zu rechtfertigen. Denn bei einer Wahlschuld befindet sich der Schuldner in Ungewißheit über die zu bewirkende Leistung. Es bedarf erst einer Erklärung des Gläubigers, ehe die Leistung erbracht werden kann. Bei der Schuld mit facultas alternativa dagegen weiß er sofort, daß er nur Herstellung schuldet, bis der Gläubiger etwas anderes erklärt hat. Der Unterschied ist von großer praktischer Bedeutung für den Fall, daß es zur Bewirkung der Naturalrestitution der Mitwirkung des Gläubigers nicht bedarf, denn hier kann der Ersatzpflichtige ohne weiteres seiner Ersatzpflicht genügen, indem er die Reparatur vornimmt, und damit ist die Sache erledigt, bei Annahme einer Wahlschuld dagegen müßte er erst die Entscheidung des Gläubigers einholen. Unterläßt er dies, dann könnte der Berechtigte noch nachträglich Geldersatz verlangen, da ja die bestehende Schuld, die vor der Wahlerklärung auf beide Leistungen gerichtet ist, noch nicht erfüllt ist. Aber auch dann, wenn eine Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung erforderlich ist, befindet sich der Schuldner bei der Annahme einer facultas alternativa nicht in einer so drückenden Lage, wie Chamitzer annimmt, denn in der an den Schuldner gerichteten Erklärung des Gläubigers, die Herstellung zu verlangen, und in der Annahme dieser Erklärung wird oftmals eine vertragsmäßige Bindung des Gläubigers, nur noch Naturalrestitution zu verlangen, zu erblicken sein. Die Erklärung und deren Akzeptation seitens des Schuldners stellt sich dann also dar als ein Verzicht des Berechtigten auf seine facultas alternativa. Auf die Akzeptation finden die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen Anwendung; somit ist eine vertragsmäßige Annahme des Schuldners auch in dem Beginn der Herstellung zu erblicken[1]).

[1]) Natürlich kann der Gläubiger stets dann noch, wenn er sich vertragsmässig für Herstellung entschieden hat, Geldersatz verlangen nach Setzung einer angemessenen Frist gemäss § 250.

Sonach sind die Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht geeignet, die Annahme einer facultas alternativa im Falle des § 249 Abs. 2 zu widerlegen, die sich aus der Fassung des Gesetzes mit aller Deutlichkeit ergibt. (Ebenso Planck zu § 249 Abs. 3, Litten S. 120, insbes. Schollmeyer zu § 249, Fischer-Henle zu § 249, Oertmann zu § 249, a. A. Chamitzer S. 38 ff., Staudinger zu § 249, der weder Wahlschuld noch facultas alternativa für gegeben erachtet, sondern 2 selbständige elektive Ansprüche annimmt.) Die Folgerungen, die die meisten Schriftsteller aus dem Vorliegen einer facultas alternativa in § 249 gezogen haben, sind nun aber, wie Pescatore mit Recht sagt, „geradezu gemeingefährlich". Denn in konsequenter Durchführung des Begriffs der facultas alternativa wird angenommen, daß der Schuldner von seiner Verpflichtung frei wird, wenn die Prinzipalleistung d. i. Naturalrestitution unmöglich wird (§ 275). Demzufolge würden also in dem von Pescatore angeführten Falle die Täter, die A. die Fenster eingeworfen haben, frei von ihrer Geldersatzpflicht, sobald A. seine Fenster reparieren läßt. Diese Folgerung ergibt sich zwar im allgemeinen aus dem Begriff der facultas alternativa des Gläubigers, aber bei dem Vorliegen einer Schadenersatzpflicht greift § 275 nicht durch; denn sobald die Herstellung kasuell unmöglich ist, greift, wie schon oben zu § 251 II S. 3 ff. hervorgehoben ist, § 251 I ein, wonach der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen hat, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich ist. Daß dieser Satz auch auf die nachträgliche Unmöglichkeit auszudehnen ist, ist schon oben S. 79 ff. dargelegt. (Ebenso Siber, Krit. Viertelj.-Schr. 1905 S. 536.) Daraus ergibt sich jedoch nicht die Haltlosigkeit der Annahme einer facultas alternativa im Falle des § 249, wie Pescatore offenbar meint; denn diese facultas existiert nur solange, als die Herstellung möglich ist. Mit Un-

möglichkeit derselben tritt eine Verpflichtung zum Geldersatz ein und es erlischt damit die facultas alternativa. Die Ansicht Pescatores, daß hier eine Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht vorliege, ist m. E. irrig. Er folgert dies aus § 249 und 251 Abs. 1, übersieht aber dabei, daß der in § 249 geregelte Geldanspruch auf Ersatz der Kosten geht, während der nach § 251 Abs. 1 dem Gläubiger zustehende Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens gerichtet ist, der dem Geschädigten das Verhalten des Ersatzpflichtigen erwachsen ist, z. B. Ersatz wegen entgangener Nutzungen. Diese Ansprüche sind demnach zwei ganz verschiedene. Daher ist aus der Tatsache, daß der Gläubiger bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Herstellung einen Geldanspruch erlangt, nicht auf das Vorliegen einer Wahlschuld in § 249 zu schließen.

Dagegen stellen die §§ 280, 281 und 286 keine facultas alternativa dar, sondern enthalten sämtlich Fälle einer Wahlschuld. Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teils Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Leistung für ihn kein Interesse hat. Auf Grund der bestehenden Verbindlichkeit hat der Schuldner bei verschuldeter Unmöglichkeit als Surrogat für die ursprüngliche Leistung Schadenersatz zu leisten nach § 280 Abs. 1. Bei teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger sowohl den noch möglichen Teil und Schadenersatz für den unmöglichen, wie Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn er nachweist, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Es entsteht also nicht für den Gläubiger zunächst nur ein Anspruch auf den noch möglichen Teil und Schadenersatz für den unmöglichen, wobei ihm die Befugnis eingeräumt ist, an Stelle dieses Anspruchs einen solchen auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit

zu setzen, sondern diese beiden Leistungen treten beim Mangel an Interesse an teilweiser Erfüllung an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung in völlig gleicher rechtlicher Stellung. Der Schuldner schuldet somit beide von Anfang an, und der Gläubiger hat zwischen diesen die Wahl. Es liegt also im § 280 Abs. 2 eine Wahlschuld vor mit Gläubigerwahlrecht. Daß im einzelnen dieses Rechtsverhältnis eine von dem § 262 abweichende Regelung erfahren hat, steht nicht im Widerspruch zu seiner Konstruktion. (Ebenso Pescatore S. 159; Chamitzer S. 45; Litten S. 117/19; Leonhard S. 2; a. A. Schollmeyer zu § 262; Titze S. 156; Langheineken S. 205.)

Ebenso verhält es sich mit § 281 Abs. 2. Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Anspruchs verlangen. Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung und macht er von der obigen Befugnis Gebrauch, so mindert sich sein Schadenersatzanspruch um den Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs. Der Gläubiger kann sowohl Schadenersatz wegen Nichterfüllung wie den Ersatz und einen Teil des Schadenanspruchs verlangen. Diese beiden Leistungen stehen nebeneinander in derselben rechtlichen Stellung, sind einander völlig gleichwertig. Planck und Schollmeyer leugnen das Vorliegen einer Alternativobligation, weil nach § 262 der Gläubiger nur die eine oder die andere, nicht aber die eine und einen Teil der anderen Leistung verlangen kann. Zuzugeben ist allerdings, daß, wenn jemand die Wahl hat zwischen 1000 Mark und einem Pferde, er nicht das Pferd und 500 Mark wählen kann. Aber darum handelt es sich hier auch nicht, sondern dem Gläubiger steht die Wahl zu zwischen Schadenersatz einerseits und dem Ersatz

zuzüglich eines Teils des Schadenersatzes andrerseits. Daß diese beiden Leistungen teilweise identisch sind, macht sie noch nicht zu gleichen Leistungen; als Ganzes betrachtet bleiben sie immer noch völlig von einander verschieden [1]). (A. M. Kipp II S. 31; ebenso Leonhard a. a. O. S. 2, Anm. 1; Litten S. 117/119; Chamitzer S. 44.)

In gleicher Weise ist in § 286 Abs. 2 eine Wahlschuld gegeben. Hier hat der Gläubiger das Recht zu wählen zwischen der geschuldeten Leistung und Ersatz wegen Verzuges einerseits und Schadenersatzes wegen Nichterfüllung andrerseits, vorausgesetzt, daß die nachträgliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hat. Ebenso auch bei gegenseitigen Verträgen in §§ 325/26, wo auf die Vorschrift des § 280 Abs. 2 verwiesen ist.

Dagegen liegt im Falle des § 250 eine facultas alternativa des Gläubigers vor. Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne. Nach ergebnislosem

---

[1]) Aber auch so vertrügen sich die Vorschriften des § 281 Abs. 2 nicht mit denen der Wahlschuld, wendet Schollmeyer ein; denn der Wert des erlangten Ersatzes sei nicht der Wert zur Zeit, als der Schuldner den Ersatz erlangte, sondern der Wert, den der Ersatz hatte, als der Gläubiger ihn erlangte. Der Schuldner würde also, da nach § 263 Abs. 2 die gewählte Leistung als von Anfang an geschuldet gelte, zu demjenigen Betrage frei werden, der dem Wert des Ersatzes zur Zeit der Erlangung durch den Schuldner entsprach. Die Gefahr der Verschlechterung trüge also der Gläubiger, während nach § 281, Abs. 2 die Gefahr auf den Schuldner stände. Dem ist zu erwidern: Geschuldet wird Entschädigung des Gläubigers, und zwar in Form der Herausgabe des Ersatzes und Geldleistung. Wird aber der Gläubiger entschädigt, wenn der Wert des Ersatzes in der Zwischenzeit bis zum Vollzug der Leistung gesunken ist? Der Schuldner hat in diesem Falle eine um den geminderten Wert vergrösserte Geldleistung beizubringen. Die Gefahr trägt also auch hier der Schuldner.

Fristablauf kann der Gläubiger Ersatz in Geld verlangen, der Anspruch auf die Herstellung ist dann ausgeschlossen. Dem Gläubiger ist durch diese Vorschrift die Befugnis gewährt, an Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf Naturalrestitution einen Geldanspruch zu setzen. Das Verlangen der Ersatzleistung kann allerdings nur unter der Bedingung erfolgen, daß der Schuldner nicht innerhalb einer angemessenen Frist die Herstellung bewirke. Tritt dann die gesetzte Bedingung ein, d. h. erfüllt der Schuldner innerhalb der Frist nicht, dann wird das Begehren der Ersatzleistung wirksam. Der Gläubiger kann aber, da durch das einmalige Verlangen der Ersatzleistung die facultas alternative erschöpft ist, nicht mehr auf die Hauptleistung zurückgreifen. Damit stimmt auch das Gesetz überein, wenn es bestimmt: der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen.[1]) (vgl. hierzu das S. 38 Gesagte.) (Ebenso Pescatore S. 264, Chamitzer S. 81, Siber, Krit. Viertelj.-Schr. S. 540, a. M. Litten S. 121, Gernsheim S. 266.)

Ebenso ist der Fall des § 283 zu konstruieren. Hiernach kann der Gläubiger dem rechtskräftig verurteilten Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf derselben die Leistung ablehne. Hierauf kann der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt ist. Der Anspruch auf Erfüllung ist dann naturgemäß ausgeschlossen. Daß hier eine facultas alternativa gegeben ist, dafür

---

[1]) Dass die Fälle der Anspruchsveränderung durch bedingtes Verlangen anders zu konstruieren seien als die Fälle der Veränderung durch einfache Erklärung, wie Litten und Gernsheim annehmen, ist nicht ersichtlich. In den ersten Fällen erfolgt eben die Entscheidung des Berechtigten bedingt, in den andern Fällen bedingungslos. Die rechtliche Natur der Fälle wird dadurch in keiner Weise berührt. Das Nähere siehe oben S. 38.

spricht auch S. 3, wo es heißt: die Verpflichtung zum Schadenersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge sines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Denn die facultas alternativa gewährt doch nur die Macht, an Stelle des ursprünglichen Anspruchs einen andern zu setzen. Entfällt nun der erste, dann ist eine Substition undenkbar, sodaß also Satz 3 des § 283 mit obiger Konstruktion übereinstimmt.

Ein weiterer Fall der facultas alternativa ist in § 634 gegeben, wo der Besteller eines Werkes Wandelung oder Minderung verlangen kann, wenn er dem Unternehmer eine Frist zur Beseitigung des Mangels des Werkes gesetzt hat, und dieser die Frist hat unbenutzt verstreichen lassen. Der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist dann ausgeschlossen. Ferner ein Fall von facultas alternativa im § 634 II, wonach eine Fristsetzung gar nicht erforderlich ist. (Ebenso Enneccerus I S. 116, Anm. 4, Litten S. 121, während er in § 250 und 283 eine facultas alternativa ablehnt).

Sodann ist eine facultas alternativa des Gläubigers in § 340 gegeben. Hat der Schuldner eine Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Nun bestimmt aber § 339, daß die vereinbarte Konventionalstrafe verwirkt ist, sobald der Schuldner in Verzug kommt. Danach könnte es scheinen, als ob der Gläubiger bei Verzug einen Anspruch auf Erfüllung wie einen solchen auf die verwirkte Strafe hätte, sodaß eine Anspruchskonkurrenz gegeben wäre. (So Pescatore S. 265, Staudinger zu 340, Oertmann zu 340.) Die Annahme einer solchen wäre allerdings gerechtfertigt, hätte das Gesetz nicht in § 340 eine Einschränkung der sich aus

§ 339 ergebenden Folgen herbeigeführt. Wenn es hier bestimmt: der Gläubiger kann statt der Erfüllung die verwirkte Strafe verlangen, so sagt es doch damit, daß zunächst nur ein Anspruch auf Erfüllung besteht, daß aber der Gläubiger ermächtigt sein soll, an dessen Stelle einen andern zu setzen. Und darin besteht doch das Wesen der facultas alternativa. Diese ist hier insofern nur besonders gestaltet, als zu ihrer Begründung nicht bloß eine Vereinbarung der Parteien gehört, sondern noch der Verzug des Schuldners hinzukommen muß. Die Parteivereinbarung schafft lediglich die Möglichkeit der Existenz einer facultas alternativa, der Eintritt des Schuldnerverzuges bringt diese erst voll zur Entstehung, d. h. die facultas, nicht aber schon den Strafanspruch. Aus dieser Konstruktion des § 340 ergibt sich auch folgerichtig die Bestimmung in Abs. 1 S. 2, daß, sobald sich der Gläubiger für die Strafe entschieden hat, der Anspruch auf die Erfüllung ausgeschlossen ist, während darüber, ob das Verlangen der Erfüllung für den Gläubiger bindend ist, im Gesetz eine Bestimmung fehlt. Daraus ist zu schließen, daß der Gläubiger, der die Erfüllung verlangt, diese Erklärung noch widerrufen kann, daß er aber, wenn er die Erfüllung annimmt, nicht mehr auf die Strafe zurückgreifen kann. (Ebenso Enneccerus I S. 655.)

Also erst mit der Annahme, nicht schon mit dem Angebot der Leistung erlischt die facultas. Denn durch das Angebot wird die einmal eingetretene Verzugsfolge nicht wieder beseitigt, sondern nur der Eintritt weiterer Folgen verhindert. Bietet der Schuldner die Erfüllung an, so kann der Gläubiger noch in diesem Augenblick die Strafe verlangen. Will der Schuldner einer solchen Möglichkeit entgehen, dann bleibt ihm nichts anderes übrig, als den Gläubiger im Wege des Vertrages an die einmal getroffene Entscheidung zu binden. In vielen Fällen wird aber auch schon in dem Verlangen der

Erfüllung ein Verzicht auf seine facultas alternativa liegen, insofern nur dieses Begehren von dem Gegner vertragsmäßig angenommen wird[1]). (Übereinstimmend Schollmeyer zu § 340, Enneccerus I § 261, Windscheid-Kipp II S. 31; Leonhard S. 2, Planck zu § 340, Fischer-Henle zu § 262.)

Aus der in § 340 Abs. 1 getroffenen Regelung ergibt sich auch die in § 342 S. 2 erfolgte besondere Bestimmung, daß bei Geltendmachung der Vertragsstrafe ein Schadenersatzanspruch ausgeschlossen ist, falls die Vertragsstrafe in einer andern Leistung als Geld besteht. Diese Bestimmung war erforderlich mit Rücksicht auf den § 340 Abs. 2, wonach der Gläubiger die Strafe als Mindestbetrag seines Schadens verlangen und einen weiteren Schaden noch außerdem geltend machen kann, sodaß unter Umständen zugleich beide Ansprüche durchgeführt werden können, der eine in vollem Umfange, der andere teilweise. In konsequenter Durchführung des in § 340 Abs. 1 aufgestellten Prinzips müßte der Schadenanspruch erlöschen, der doch nur an die Stelle der ursprünglichen Leistung getreten ist, sobald die Strafe verlangt wird. Es ist dies aber eine

[1]) Für die obige Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 340. Der I. Entw. nahm hinsichtlich des wahlweisen Rechtes des Gläubigers auf Erfüllung oder Strafe eine Alternativobligation an. Es folgte daraus, dass das einmal erfolgte Verlangen für den Gläubiger bindend war, und dass der Schuldner den Gläubiger in Verzug setzen und ihm darauf eine Frist zur Ausübung der Wahl stellen konnte, nach deren Ablauf das Wahlrecht ihm zustand. Diese Fassung wurde in der 2. Komm. abgeändert und dafür eine der Bestimmung des § 340 im wesentlichen gleiche Bestimmung gewählt. Die Prot. I S. 776 bemerken hierzu: Es ergibt sich hieraus, dass der Gläubiger dadurch, dass er Erfüllung verlange, nicht gehindert werde, statt derselben später die Strafe zu beanspruchen, während er umgekehrt durch das Verlangen der Strafleistung das Recht, Erfüllung zu verlangen, verliert. Es geht hieraus mit aller Deutlichkeit hervor, dass das Gesetz in § 340 eine facultas alternativa des Gläubigers normiert hat.

Ausnahmebestimmung von dem in § 340 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze, die das Gesetz aus praktischen Gründen getroffen hat; der Gläubiger soll dadurch des Nachweises seines Schadens enthoben werden. (So Planck zu § 340, Ennecceruś § 261.)

§ 432: Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß die geschuldete Leistung für alle hinterlegt oder an einen Verwahrer abgeliefert wird. Hiernach hat also jeder Gläubiger zunächst nur einen Anspruch auf Erfüllung an alle, und nur diese Verpflichtung trifft den Schuldner, wie das Gesetz selbst hervorhebt. Statt dessen kann aber jeder Hinterlegung des geschuldeten Gegenstandes verlangen. Die Verschiedenheit der beiden Leistungen wird in diesem Falle begründet durch die verschiedene Art der Erfüllung, wenn auch der Gegenstand derselbe bleibt. Die gleiche facultas alternativa besteht, wenn an einer Forderung ein Nießbrauch bestellt ist (§ 1077), und in dem Falle, wo ein Pfandrecht an einer Forderung begründet ist (§ 1281). (a. M. Gernsheim a. a. O.)

Ein weiterer Fall ist gegeben in § 843 Abs. 3. Wer durch Verschulden widerrechtlich eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines andern herbeiführt und dadurch die Erwerbefähigkeit mindert oder aufhebt, hat dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Der Verletzte kann jedoch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statt der Rente eine Abfindung in Kapital verlangen. Primär hat er jedoch nur einen Anspruch auf Rente.

Die gleiche facultas steht dem Unterhaltungsberechtigten zu, der durch Verschulden eines andern seinen Unterhaltspflichtigen durch Tod verloren hat (§ 844 Abs. 2 S. 1).

Dieselbe facultas alternativa steht dem unterhaltungsberechtigten nichtschuldigen Ehegatten nach erfolgter Scheidung gegenüber dem schuldigen Teil zu. Auch hier hat der Berechtigte zunächst nur ein Recht auf Geldrente, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann er jedoch statt der Rente Abfindung verlangen (§ 1580 Abs. 2).

Der wegen Überbaues Rentenberechtigte (§ 912 Abs. 2) kann jederzeit verlangen den Wert des überbauten Grundstückteils, den dieser zur Zeit des Überbaues hatte, aber nur unter der Voraussetzung, daß er dem andern das Eigentum an dem überbauten Teile überträgt. Dieser Anspruch auf Wertersatz kommt jedoch nicht unmittelbar durch die Erklärung zur Entstehung, sondern ist bedingt durch die Eigentumsübertragung[1]). Da aber zur Eigentumsübertragung eine Vereinbarung der Parteien, nämlich die Auflassung, erforderlich ist, so kann dieser Fall als echter Fall einer facultas alternativa nicht angesehen werden, da es für die facultas alternativa gerade charakteristisch ist, daß der neue Anspruch durch einseitige Erklärung entsteht. Durch die einseitige Erklärung entsteht im Falle des § 915 für den überbauenden Teil zunächst nur die Pflicht, in die Eigentumsübertragung zu willigen und in zweiter Linie erst die Pflicht zur Zahlung des Wertes. (Für einen echten Fall von facultas alternativa halten: Pescatore S. 265, Litten S. 121, Enneccerus I S. 616.)

Der Nießbraucher an einem Vermögen ist nach § 1088 dem Besteller gegenüber verpflichtet, die Gläubiger wegen der ihnen zustehenden Ansprüche auf Zinsen

[1]) Diese besondere Behandlung folgt aus dem Wesen und Zweck dieser Rente. Sie soll den Eigentümer entschädigen für seine Duldung des Überbaues. Kommt es trotz der Erklärung des Eigentümers nicht zur Auflassung, dann hat er weiterhin den Überbau zu dulden und muss dafür entschädigt werden.

und andere wiederkehrende Leistungen zu befriedigen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Kommt er mit dieser Verbindlichkeit in Verzug, so kann der Besteller nach Abs. 2 des § 1088 statt der Befriedigung die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung verlangen.

§ 1201 in Verbindung mit § 1133. Hiernach kann der Rentengläubiger, wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet ist, dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Ist die Frist ergebnislos verstrichen, so kann der Rentengläubiger die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen. Dieser Fall liegt ganz analog demjenigen des § 250. Die Erklärung des Berechtigten erfolgt auch hier unter einer Bedingung, und zwar einer Potestativ-Bedingung, die wie oben dargelegt ist, zulässig ist. Mit Ablauf der Frist hat er nur noch einen Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme. (Ebenso Chamitzer S. 86; Litten S. 121; Pescatore S. 268; Gernsheim lehnt übrigens in § 250 eine facultas alternativa ab, während er inkonsequenter Weise in § 1201 eine solche für gegeben erachtet – Gernsheim S. 274 –.)

§ 1345–1347. War einem der Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so kann der andere gutgläubige Ehegatte verlangen, daß die Ehe auch in vermögensrechtlicher Beziehung als nichtig angesehen werde. Statt dessen kann er aber auch verlangen, daß ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere in Ansehung der Unterhaltspflicht so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung geschieden und der bösgläubige Ehegatte für allein schuldig erklärt worden wäre. Das gleiche Recht steht nach § 1346,

falls eine wegen Drohung anfechtbare Ehe für nichtig erklärt wird, dem Anfechtungsberechtigten, im Falle einer wegen Irrtums anfechtbaren und für nichtig erklärten Ehe dem nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten zu.

Dieses Rechtsverhältnis ist keine Alternativobligation, sodaß der unschuldige Ehegatte etwa die Wahl hätte, sondern grundsätzlich treten nur die Folgen der Nichtigkeit ein. Erst auf Verlangen wird dieses Rechtsverhältnis nach Scheidungsgrundsätzen behandelt. Eine Besonderheit weist dieser Fall gegenüber allen übrigen insofern auf, als er bezüglich der Ausübung der facultas alternativa eine der Wahlschuld ähnliche Regelung erfahren hat in § 1347. Erstens ist die einmal erklärte Entscheidung bindend, auch wenn sich der Ehegatte für den primären Anspruch entschieden hat, sodann kann der bösgläubige Ehegatte dem andern eine angemessene Frist zur Erklärung darüber bestimmen, ob er von seiner facultas Gebrauch mache. Nach unbenütztem Ablauf der Frist bleibt es bei den Folgen der Nichtigkeit. Aus dieser letzten Bestimmung des § 1347 ist wieder zu entnehmen, daß grundsätzlich nur die Nichtigkeitsfolgen eintreten. Es liegt also hier trotz der wahlschuldähnlichen Regelung eine facultas alternativa vor. (Ebenso Kipp II S. 31, Enneccerus I S. 616 Anm. 4, Leonhard S. 2 Anm. 1, Pescatore S. 268, Litten S. 121, Planck zu § 262, während er in der Anmerkung zu § 1345 dieses Verhältnis nur für eine Art der facultas alternativa erklärt, Chamitzer S. 86, Staudinger zu § 1345; a. A. Langheineken S. 206 Anm. 1.)

Ist bei einer gemieteten Sache ein Mangel, der die Tauglichkeit aufhebt oder mindert, beim Vertragsschlusse vorhanden oder entsteht er später infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes und kommt dieser mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann

der Mieter statt die sich aus § 537 ergebenden Rechte geltend zu machen, nämlich Befreiung oder Minderung des Mietzinses, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Diese von einigen (so Fischer-Henle Bemerkungen zu § 262, Oertmann zu § 538 Anm. 2) als eine facultas alternativa bezeichnete Befugnis des Mieters kann als solche nicht angesehen werden, weil hier ein primärer Anspruch überhaupt nicht besteht. Denn das Recht aus § 537 ist kein selbständiger Anspruch auf Befreiung oder Minderung, etwa wie beim Kauf der Anspruch auf Wandelung oder Minderung, sondern es stellt sich dar „als eine von selbst eintretende Abänderung der Vertragspflicht des Mieters". (Staudinger zu § 537, Oertmann zu § 537, Enneccerus I, S. 894.) Es gewährt also dem Mieter ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem klagenden Vermieter. Da hiernach ein selbständiger primärer Anspruch nicht besteht, ist auch eine facultas alternativa undenkbar.

Außerhalb des BGB.

Nicht bloß im BGB., sondern auch in anderen Reichsgesetzen, insbesondere im Handelsgesetzbuch, existieren Fälle von facultas alternativa des Schuldners wie des Gläubigers. Ein Fall der ersteren Art ist gegeben in § 501 HGB., der besagt: Wenn eine neue Reise oder wenn nach Beendigung einer Reise die Reparatur des Schiffes oder wenn die Befriedigung des Gläubigers von den Mitreedern beschlossen worden ist, dem die Reederei nur mit Schiff und Fracht haftet, so kann jeder Mitreeder, welcher den Beschlüssen nicht zugestimmt hat, sich von der Leistung der erforderlichen Einzahlungen dadurch befreien, daß er seine Schiffspart ohne Anspruch auf Entgelt aufgibt, die den andern Mitreedern nach dem Verhältnis ihrer Anteile zuwächst. Schon die Fassung des Gesetzes, die für Fälle von Schuldnerfacultas am gebräuch-

lichsten ist, beweist, daß hier ein Fall von facultas alternativa vorliegt [1]).

§ 616 HGB.: Hiernach können, falls Behältnisse, die mit flüssigen Waren angefüllt waren, während der Reise ganz oder zum Teil ausgelaufen sind, dem Verfrachter für die Fracht und seine übrigen Forderungen (§ 614) an Zahlungsstatt überlassen werden. Aus den Worten „an Zahlungsstatt" geht vor allem deutlich hervor, daß auch das Gesetz auf dem Standpunkt steht

---

[1]) Ein ähnliches Abandonrecht findet sich in dem Gesetz betr. die G. m. b. H. vom 20. April 1892 (§ 27). Danach hat bei Gesellschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht der Gesellschafter das Recht, sich von der Zahlung des auf seinen Geschäftsanteil eingeforderten Nachschusses dadurch zu befreien, dass er innerhalb eines Monats nach der Aufforderung zur Einzahlung den Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Befriedigung aus demselben zur Verfügung stellt. Diese Erklärung bewirkt zunächst nur, dass der Geschäftsanteil das alleinige Haftungsobjekt für den Nachschussanspruch bildet. Bis zum Verkauf seitens der Gesellschaft bleibt der Gesellschafter Eigentümer des Anteils. Ihm kommt auch nach Abs. 2 desselben § der Überschuss aus dem Verkauf zu. Erst wenn die Befriedigung der Gesellschaft durch den Verkauf nicht zu erlangen ist, fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft zu (§ 27 Abs. 3). Da der Anteil nicht unmittelbar durch das „zur Verfügung stellen" ins Eigentum der Gesellschaft fällt, so ist hier ein reiner Fall von facultas alternativa nicht gegeben; denn eine solutio tritt dadurch nicht ein. Der Fall liegt ähnlich wie § 1001 BGB. (vgl. Parisius-Krüger zu § 27).

Genau das gleiche Abandonrecht findet sich in den §§ 129, 130 des Allg. Bergg. f. die preuss. Staaten vom 24. Juni 1865, wonach der Gewerke, der zur Leistung von Zubussen verpflichtet ist, seine Verurteilung und Zwangsvollstreckung dadurch abwenden kann, dass er unter Überreichung des Kuxscheines den Verkauf seines Anteils anheimstellt. Also auch hier keine solutio durch das Anheimstellen, demgemäss auch kein reiner Fall von facultas alternativa. Nur in den Fällen, wo ein unverkäuflicher Kux zur Verfügung gestellt wird, liegt eine reine facultas alternativa vor, denn da wird der Kux den übrigen Gewerken oder der Gewerkschaft als solcher im Gewerkenbuche lastenfrei zugeschrieben (ABG. §§ 131, 226, 234).

(und mit dem HGB. auch das BGB., weil gleichzeitig redigiert), daß bei der facultas alternativa eine datio in solutum, nicht eine wahre solutio, wie Pescatore annimmt, gegeben ist.

Ein Fall von sogenannter facultas alternativa des Gläubigers ist gegeben in § 61, wonach der Prinzipal, wenn der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe betreibt oder in dem Handelszweige des Prinzipals Geschäfte macht auf eigene Rechnung, statt Schadenersatz zu verlangen auf Grund des mit dem Gehilfen abgeschlossenen Dienstvertrages, beanspruchen kann, daß der Handlungsgehilfe ihn in die abgeschlossenen Geschäfte eintreten lasse. Der Handlungsgehilfe ist in erster Linie zum Schadenersatz gem. § 249 ff. BGB. verpflichtet, erst in dem Augenblick, in dem sich der Prinzipal für das andere entscheidet, muß er diesen in die Geschäfte eintreten lassen, wodurch der Anspruch auf Schadenersatz entfällt, sodaß immer nur ein Anspruch besteht. (a. A. Gernheim S. 277, der eine eigenartige alternative Konkurrenz von Ansprüchen für gegeben erachtet, die einer facultas alternativa des Gläubigers sehr ähnlich sei, wie oben Pescatore S. 269, Staub zu § 61 Anm. 1, Litten S. 121[1]). Eine alternative Befugnis scheint wie Gernsheim Gareis HGB. § 61 Anm. 3 anzunehmen, ebenso Litthauer-Mosse Anm. 2 zu § 61, der die Wahl für unwiderruflich erklärt unter Bezugnahme auf § 263 BGB.)

Ein weiterer Fall von sogenannter facultas alternativa des Gläubigers liegt in § 861 ff. HGB. Hiernach kann

---

[1]) Litten S. 121 behauptet zu § 61 HGB.: „Die Verwechslung mit einer Wahlschuld liegt hier näher als sonst, weil bei Unmöglichwerden der Hauptforderung die übrigen Ansprüche bestehen bleiben." Wie aber eine Unmöglichkeit bei der Schadenersatzforderung eintreten soll, ist nicht ersichtlich. Denn sobald Naturalrestitution unmöglich ist, tritt nach § 251 BGB. Geldersatz, und bei diesem ist eine Unmöglichkeit ausgeschlossen.

der Versicherte, der nach Abschluß des Seeversicherungsvertrages einen Anspruch gegen den Versicherer hat auf Ersatz des erlittenen Schadens, statt diesen regelmäßigen Ersatzanspruch geltend zu machen, „die Zahlung der Versicherungssumme zum vollen Betrage gegen Abtretung der in Ansehung des versicherten Gegenstandes ihm zustehenden Rechte in gewissen Fällen verlangen". Befugt ist er also zunächst nur zur Geltendmachung des wirklich erlittenen Schadens, unter den im § 861 HGB. aufgeführten Voraussetzungen jedoch kann er statt dessen einen Anspruch auf Zahlung des vollen Betrages setzen gegen Zession seiner Rechte.

Ein weiterer Fall von facultas alternativa des Schuldners, allerdings dem öffentlichen Recht angehörend, ist in § 28 Abs. 4 StGB. gegeben, der lautet: „Der Verurteilte kann sich durch Erlegung des Strafbetrages, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt ist, von der letzteren freimachen." Diese Bestimmung findet Anwendung, wenn der Geldstrafe im Urteil für den Fall der Nichtbeitreibbarkeit eine Freiheitstrafe substituiert ist. Ist der Schuldner frusta excessus, dann ist an die Stelle des Anspruchs des Staates auf Zahlung der Geldstrafe ein solcher auf Verbüßung der Freiheitsstrafe getreten. Dem Schuldner bleibt aber die facultas, selbst nach Antritt der Freiheitsstrafe die Verbüßung derselben durch Zahlung des Geldbetrages abzuwenden (vgl. Olshausen, 7. Aufl., Anm. 11 zu § 28).

Schluß.

Alternative Befugnisse.

Außer den Fällen der facultas alternativa gibt es noch andere gesetzliche Fälle, wo der Berechtigte wählen kann zwischen mehreren Befugnissen. Der Unterschied besteht darin, daß bei der Wahlschuld wie bei der facultas alternativa Leistungen, bzw. Ansprüche Gegenstand der Wahl sind, hier aber bloße Befugnisse zur Wahl stehen, z. B. Rücktrittsrecht, Recht zur Hinterlegung oder zur Besitzaufgabe usw.

Da diese alternativen Befugnisse ebensowenig wie die facultas alternativa gesetzliche Regelung erfahren haben, so müssen auf sie bald die Vorschriften über die Wahlschuld, bald diejenigen über die facultas alternativa analoge Anwendung finden, je nachdem das Gesetz die Befugnisse im Verhältnisse zu einander als koordinierte Glieder oder als Haupt- und Nebenbefugnis geregelt hat.

Fälle der ersteren Art: §§ 87 Abs. 1, 303, 325 Abs. 1[1]), 1258, 1282, 1391 in Verb. mit 1418, 1575 BGB., 373, 437, 603 HGB.

---

[1]) In der in § 325 Abs. 1 getroffenen Regelung ist sowohl eine Wahlschuld wie eine facultas alternativa zu finden (d. h. nicht eine wahre Wahlschuld oder facultas, sondern nur ein diesen ähnliches Rechtsverhältnis), denn nach der Fassung sind die in S. 1 gegebenen Befugnisse, Schadenersatz oder Rücktritt, einander koordiniert, analog der Wahlschuld. Neben diesen beiden steht als Eventualbefugnis die Geltendmachung der Rechte aus § 323. Diese bildet also im Verhältnis zu den beiden ersten eine facultas alternativa. Daraus folgt, dass, wenn der Gläubiger sich für Rücktritt entscheidet, er nicht mehr Schadenersatz geltend machen kann (§ 263), wohl aber noch die Rechte aus § 323. Dass diese

Fälle der letzteren Art: §§ 537/38 BGB., wo der Mieter statt Geltendmachung der Minderung oder Befreiung vom Mietzins auch Schadenersatz fordern kann (hier steht es als primäres Glied eine Befugnis und als sekundäres ein Anspruch); ferner in § 1577, wonach die Frau, statt den Namen des geschiedenen Ehemannes weiter zu führen, ihren Mädchennamen annehmen kann; in § 1948, wonach der als Testamentserbe Berufene, wenn er gleichzeitiger gesetzlicher Erbe ist, als Testamentserbe die Erbschaft ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen kann; ferner in § 2306: hiernach kann der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte den hinterlassenen Erbteil, wenn dieser größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, und wenn er mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert oder in anderer Weise beschränkt ist, annehmen — dann muß er die Auflagen ohne Abzüge erfüllen. — Statt dessen aber kann er den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen.

Abseits von diesen Fällen steht das Recht des Käufers auf Wandelung oder Minderung. Dies sind zwei selbständige, nebeneinander bestehende Ansprüche. Sie lassen sich weder in die Kategorie der Wahlschulden

---

Auslegung nicht der Billigkeit und den Verkehrsbedürfnissen entspricht, wie Planck zu § 325 (wie Planck auch RG. in Seufferts Archiv 60[135]) meint, der mit Rücksicht auf diese die Regeln über die Wahlschuld angewandt wissen will, ist nicht zutreffend. Zwar wird dadurch eine gewisse Unbestimmtheit geschaffen für den Schuldner, weil der Gläubiger von seiner Entscheidung stets abgehen kann, aber diese Ungewissheit ist für ihn keine Härte, da die Geltendmachung der Rechte stets ein minus gegenüber den beiden anderen Befugnissen ist. Enneccerus I S. 682 erblickt in dem Schadenersatzanspruch das Hauptrecht, dagegen im Rücktritt und in der Geltendmachung der Rechte aus § 323 die Eventualrechte, während Fischer-Henle Anm. 7 zu § 325 offenbar im Rücktritt das Nebenrecht und in den beiden andern Befugnissen die Hauptrechte annehmen.

noch in diejenige der facultas alternativa einreihen, da es sich bei diesen stets nur um einen Anspruch handelt. Dies bezeugt auch die besondere Regelung, die dieses Rechtsverhältnis im Gesetz erfahren hat. Im Gegensatz zur Wahlschuld und facultas alternativa, bei der die Ausübung des Wahlrechts eine einseitige, unwiderrufliche Erklärung ist, ist die Erklärung des Käufers, er verlange Wandelung oder Minderung, eine Offerte, die erst bindend ist, wenn sich der Käufer mit ihr einverstanden erklärt (§ 465). Die allgemeinen Bestimmungen § 145 ff. BGB. finden auf sie Anwendung. Der Käufer kann demnach nach Ablauf der im § 147 bezeichneten Annahmefrist von seiner Offerte wieder abgehen. Dies kann er beliebig oft wiederholen, bis er sich mit dem Käufer geeinigt hat oder aber ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat. (Für Wahlschuld: Pescatore S. 268, Chamitzer S. 49 ff., Litten S. 117, Langheineken S. 200; a. M. Planck zu § 465 A. 1, F. Leonhard S. 2, Oertmann Vorbem. zu § 262, Enneccerus I S. 850, Crome II § 153 A. 17, Fischer-Henle zu § 462 Anm. 1.)

Lebenslauf.

Am 28. Oktober 1888 wurde ich, Walter Blümich, in Peterswaldau, Bez. Breslau, als Sohn des Fabrikanten Eberhard Blümich und seiner Ehefrau Emilie, geb. Hofrichter, geboren. Ich bin evangelisch und preußischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1900 ab besuchte ich das Gymnasium zu Schweidnitz und bestand dort Ostern 1907 die Reifeprüfung. Daraufhin studierte ich 7. Semester Rechtswissenschaft, nämlich 3 Semester in Marburg a. d. Lahn, 1 Semester in Berlin, darauf wieder in Marburg 1 Semester und schließlich 2 Semester in Breslau. Hier bestand ich am 15. Dezember 1910 die erste juristische Staatsprüfung und am 7. Dezember 1911 das mündliche Doktorexamen.

Vom 4. Februar 1911 ab war ich dem Amtsgericht in Nieder Wüstegiersdorf überwiesen und werde gegenwärtig bei dem Landgericht in Schweidnitz seit dem 4. November 1911 beschäftigt.